Wie gestalten sich die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache nach B.G.B.?

Dargestellt unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung.

Inaugural-Dissertation,

der

juristischen Facultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Waldemar Heintzel
aus Strehlen in Schlesien
Referendar.

Approbiert am 7. Juli 1904.

Breslau
Buchdruckerei H. Fleischmann
1904.

33

Seinem lieben Vater

und dem Andenken

seiner teuren Mutter

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549808_0035

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Begriff des Findens.

Seite.

I. Begriff des Findens im römischen und gemeinen Recht . 9
II. Begriff des Findens im B.G.B. 13

Kapitel 1.

Besitzverhältnis des Finders zur Fundsache.

I. Abschnitt

Geschichtliches.

1. Römisches und gemeines Recht 20
2. Deutsches Recht und A.L.R. 30

II. Abschnitt.

Besitzverhältnis des Finders zur Fundsache nach B.G.B. . . 36

Kapitel 2.

Besitzverhältnis des Verlierers zur Fundsache.

I. Abschnitt

Geschichtliches 45

II. Abschnitt.

Besitzverhältnis des Verlierers zur Fundsache nach B.G.B.

1. Bisheriger Besitz des Verlierers 50
2. Erwirbt der Verlierer durch das Finden von neuem Besitz?
   a. Allgemeines 52
   b. Wendt'sche Theorie 54
   c. Doppelbesitztheorie 58

Kapitel 3.

Besondere Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache.

I. Gestaltung der Besitzverhältnisse in den vom B.G.B. besonders geregelten Fällen, und zwar bei dem
   1. Fund in öffentlichen Räumen 66
   2. Schatzfund 69

II. Gestaltung der Besitzverhältnisse beim Fund durch einen unredlichen Finder 71

Literaturverzeichnis.

Bekker, der Besitz beweglicher Sachen in Iherings Jahrbüchern, Bd. 34.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerl. Gesetzbuch, Leipzig 1901, I. Teil. —

Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3. Auflage, München 1864.

Brückmann, der Begriff der „verlorenen Sache", im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 23.

Buhl, das Recht an beweglichen Sachen nach dem B.G.B., Berlin 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, II. Bd, I. Abt., Jena 1899.

Delbrück, Vom Finden verlorener Sachen, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 3.

Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten, I. Band, 3. Aufl. Berlin 1892.

— das bürgerliche Recht des deutschen Reichs u. Preussens, Halle 1901.

Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., II. Bd., I. Teil, Berlin 1898.

Engelmann, das bürgerliche Recht Deutschlands, 2. Aufl., Berlin 1900.

Fischer-Henle, Kommentar zum B.G.B. 6. Aufl., München 1904.

Fischer, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines B.G.B., Berlin 1896.

Freitag, die Besitzverhältnisse an der gefundenen Sache, Dissertation, Erlangen 1896.

Gaertner, der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach röm. und neuerem deutschen Recht, in R. Leonhards Studien, Breslau 1901.

Gierke, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B.G.B., Jena 1897.

— Gutachten in den Verhandlungen des 24. deutsch. Juristentages, Bd. 3, Berlin 1898.

Gimmerthal, Vom Finden verlorener Sachen, im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 52.
Heusler, die Gewere, Weimar 1872.
Hirsch, die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes nach röm. Recht, Leipzig 1892.
Hoelder, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. XXXIV.
Hoffmann, Kommentar zum Sächs. B.G.B.
Huber, die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht.
Ihering, der Besitzwille, Jena 1889.
— der Besitz, in seinen Jahrbüchern Bd. 32.
Kniep, der Besitz des B G.B., Jena 1900.
Koch, Kommentar zum preuss. A.L.R. 8. Auflage, 1884.
Kuntze, zur Besitzlehre für und wider R. v. Ihering, Leipzig 1890.
Leonhard, Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1892.
Mandry, zur Lehre vom Besitzwillen, im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 63.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Berlin 1899.
Mitteis, die Lehre von der Stellvertretung, Wien 1885.
Oertmann, die Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzanspruch im röm. und deutsch. bürgerl. Recht, 1901.
Planck, Kommentar zum B.G.B., III. Bd., 1. u. 2. Aufl., Berlin 1902.
Randa, der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts etc., 4. Auflage, Leipzig 1895.
Reatz, die 2. Lesung des Entw eines B.G.B. unter Gegenüberstellung der 1. Lesung, I. Bd., Berlin 1894.
Savigny, das Recht des Besitzes, 7. Aufl., Wien 1865.
Schlossmann, der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht, Leipzig 1881.
Schütze, im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, N.F. Bd. 2.
Sieveking, der Finder und die gefundene Sache, Dissertation, Erlangen 1896.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B. III. Bd. München 1898.
Strohal, zum Besitzrecht des Entwurfs eines B.G.B., in Iherings Jahrb. Bd. 29.
— der Sachbesitz nach B.G.B., in Iher. Jahrb. Bd. 38.
Weiss, das Recht des Finders, Dissertation, Göttingen 1891.
Wendt, der mittelbare Besitz des B.G.B. im Archiv f. civ. Praxis Bd. 87.
— Gutachten in den Verhandlungen des 24. deutsch. Juristentages, Bd. 3, Berlin 1898.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Auflage, Frankfurt 1900.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zum Entwurf eines B.G.B., gefertigt im Reichsjustizamt, Bd. 3, Berlin 1890.

Einleitung.

Begiff des Findens.

I. Begriff des Findens im römischen und gemeinen Recht.

Im Sprachgebrauch des alltäglichen Lebens begegnet man dem Wort „finden“ sehr häufig. Es wird für die verschiedenartigsten Fälle gebraucht, die sich vielleicht, wenn überhaupt, unter die allgemeine Begriffsbestimmung bringen lassen: auf eine Sache oder Person stossen, von deren Vorhandensein an dem betreffenden Orte man vorher nichts oder wenigstens nichts Bestimmtes wusste.

So findet man beispielsweise ein Buch, das man selbst oder das ein anderer verloren oder vergessen hatte; man findet einen Schlüssel, den man sich verlegt hatte; man findet Muscheln am Strande des Meeres; man findet eine Strasse, nach der man schon lange Zeit suchte; man findet eine Stelle in einem Buch; man findet ein Kind, das ausgesetzt ist oder das sich verirrt hatte. Ja sogar Tiere lässt man finden, indem man sagt, der Hund findet einen Knochen, die Henne findet Regenwürmer — kurz, der Fundbegriff des alltäglichen Lebens schillert in tausendfachen Farben.

Von diesen so mannigfaltigen und verschiedenartigen Fällen des Findens im vulgären Sinne ist jedoch nur ein Teil von rechtlicher Bedeutung. Ganz allgemein gefasst

sind es die Fälle, in denen Sachen, aber auch wieder nur gewisse Sachen von Personen gefunden werden.

Wie grenzt nun aber der Jurist dieses rechtserhebliche Finden noch genauer ab? Mit anderen Worten: Was heisst „finden" im Rechtssinne, was ist eine gefundene Sache?

Wenden wir uns zunächst zum römischen und gemeinen Recht.

Dasselbe hat dem Finden in auffallendem Gegensatz zu fast allen übrigen Rechtsmaterien, sehr wenig, fast gar keine Beachtung geschenkt. Abgesehen vom Schatz, der eine besondere, aufmerksamere Behandlung erfuhr, mit dem wir uns aber hier vorläufig nicht beschäftigen wollen, sprechen nur in einigen wenigen Quellenstellen die römischen Juristen vom Finden, wobei sie sich meist des Ausdrucks invenire oder reperire, teilweise mit dem Zusatz casu, bedienen, ohne dass man dabei auf eine Legaldefinition (wie z. B. beim Schatz, s. u. Kap. 3) oder sonst irgendwie auf genügende Anhaltspunkte für eine Begriffsbestimmung stösst.

Bei dieser flüchtigen Erwähnung des Findens ist es kein Wunder, dass auch die gemeinrechtliche Wissenschaft, die sich ja immer eng an die Quellen anlehnte, sich mit unserer Frage ebenfalls nur oberflächlich befasste. Mit Recht macht Delbrück[1]) dies der Wissenschaft zum Vorwurf, indem er sagt: „Unser gegenwärtiges Jahrhundert zeichnet sich durch eine vornehme Vernachlässigung unserer Lehre aus."

Diese Lücke in der Wissenschaft sucht Delbrück mit seiner angeführten Abhandlung auszufüllen. Er gibt in derselben auch folgende im allgemeinen ganz annehmbare Definition von Finden:

„Finden ist das Antreffen und Ergreifen einer körperlichen, beweglichen, fremden Sache, die der Finder für eine verlorene hält."

---

[1]) Delbrück, Vom Finden verlorener Sachen, in Iherings Jahrbüchern Bd. 3, S. 18.

Diese Begriffssbestimmung ist freilich nicht von allen Schriftstellern anerkannt worden.

Gimmerthal[1]) hält z. B. das Ergreifen der gefundenen Sache nicht für erforderlich. Nach ihm bedeutet „finden" auch im juristischen Sinne „das blosse Antreffen einer Sache ausser Besitz", natürlich eine juristisch ganz unbrauchbare Definition. Dessen scheint er sich auch selbst bewusst zu sein, da er eingesteht, dass das Finden bei dieser Auffassung irgend eine juristische Bedeutung nicht haben kann.

Bezüglich des Fundgegenstandes setzt sich Gimmerthal mit Delbrück ebenfalls in Widerspruch, indem er behauptet, dass man auch Immobilien, „z. B. Inseln im Meere oder derelinquierte Grundstücke" finden könne. Sieveking[2]) geht in diesem Punkte noch weiter; nach seiner Ansicht kann man auch Rechte finden.

Diesen Auffassungen können wir aber hier für das Finderrecht ebenfalls nicht beipflichten.

Freitag[3]) hingegen schliesst sich bezüglich unserer Frage genau an die Delbrück'sche Definition an, bis auf einen Punkt. Er verlangt nämlich, dass die Sache wirklich eine verlorene ist (a. a. O. S. 11), nicht bloss, dass sie der Finder für eine verlorene hält.

Dieser Ansicht möchten auch wir vor allen anderen den Vorzug geben, weil sie auf die subjektive Meinung des Finders, die wohl für das Strafrecht, nicht aber für das Civilrecht Bedeutung haben kann, kein Gewicht legt. Wenn wir uns aber trotzdem nicht an Freitag anschliessen, sondern uns mit dem Erfordernis begnügen, dass man die Sache nach den Umständen des Falles für eine verlorene halten kann, so hat dies seinen wohl-

---

[1]) Gimmerthal, Vom Finden verlorener etc. Sachen, im Archiv f. civ. Prax., Bd. 52, S. 523.

[2]) Sieveking, der Finder und die gefundene Sache, Diss. Erlangen 1896. S. 5/6.

[3]) Freitag, die Besitzverhältnisse an einer gefundenen Sache, Diss. Erlangen 1896.

berechtigten Grund in der eigentümlichen Gestaltung des Besitzverlustes nach römischem und gemeinem Recht. Gerade deshalb können wir aber auf die nähere Begründung unserer Ansicht an dieser Stelle nicht weiter eingehen, ohne der eigentlichen Abhandlung unserer Aufgabe vorzugreifen. Wir behalten uns daher hier vor, auf diesen Punkt weiter unten zurückzukommen (vgl. u. Kap. 2, Abschn. I.)

In der auf diese Weise modifizierten Delbrück'schen Definition des Findens haben wir jetzt noch den Begriff „verlieren" zu erörtern.

Delbrück selbst gibt folgende Definition:

„Verlieren ist das Einbüssen des Besitzes einer körperlichen, beweglichen, in jemandes Eigentum befindlichen Sache ohne eine darauf gerichtete menschliche Tätigkeit und ohne Aufhebung des Eigentums."

Von der Richtigkeit dieser Definition werden wir uns bald überzeugen.

Damit, dass Delbrück an die Spitze seiner Begriffsbestimmung das Erfordernis „Einbüssen des Besitzes" stellt, schliesst er von vornherein die sogenannten verlegten[1]) und vergessenen[2]) Sachen (vgl. Dig. 41,2 l. 3 § 13) aus, da an diesen nach der angeführten Stelle der Besitz noch nicht verloren ist. Besitzverlust aber ist grundsätzliche Vorbedingung für das Finden.

Weiter nimmt Delbrück dadurch, dass er sagt „ohne eine darauf gerichtete menschliche Tätigkeit" die Fälle der freiwilligen Besitzentäusserung und die Besitzentsetzung aus. In der Tat gehören auch beide Fälle nicht in das Finderrecht. Es wird hier zwar auf der einen Seite der Besitz verloren, aber nur so, dass gleichzeitig neuer

---

[1]) Schütze, im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, Bd. 2 N. F., S. 161, definiert das Verlegtsein als „das unabsichtliche Aufgehörthaben der Aufenthaltskunde bei fortdauernder Inhabung".

[2]) Schütze, a. a. O. S. 161 definiert das Verlegtsein als „das unabsichtliche Aufgehörthaben der Inhabung bei fortdauernder Aufenthaltskunde".

Besitz eines anderen entsteht: so bei der freiwilligen Besitzentäusserung, wo — abgesehen von der noch anderweitig ausgenommenen Dereliktion (s. u.) — derjenige, dem der Besitz überlassen wird, neuen Besitz erwirbt, und ebenso bei der Besitzentsetzung, wo der Täter Besitz ergreift. Im Finderrecht aber hat nur der Besitzverlust, der mit nachfolgender Besitzlosigkeit verknüpft ist, Bedeutung.

Endlich, mit den Worten „in jemandes Eigentum befindlichen Sache" und „ohne Aufhebung des Eigentums" ist mit Recht deutlich zum Ausdruck gebracht, dass man herrenlose, insbesondere derelinquierte Sachen im technischen Sinne nicht finden kann. Hier steht dem Finder kein Verlierer oder sonstiger Empfangsberechtigter gegenüber. Diese Sache kann man nur okkupieren.

Wir können somit in allen Punkten der Delbrück'schen Definition vom Verlieren beitreten und in seinem Sinne das Wort „verloren" in unsere Begriffsbestimmung des Findens aufnehmen.

Dieselbe ist wohl damit für das römisch-gemeine Recht genügend klargestellt und lautet also:

Finden ist das Antreffen und Ergreifen einer körperlichen, beweglichen, fremden Sache, die man nach den Umständen des Falles für eine verlorene halten kann.

II. Begriff des Findens im B.G.B.

Während im römischen und gemeinen Recht die Lehre von den gefundenen Sachen nur eine ganz flüchtige Behandlung erfahren hatte, tritt sie uns im deutschen Recht als weit ausgebildeter und vollendeter entgegen. Diese Bedeutung der gefundenen Sachen im deutschen Recht wirkte förderlich auf unsere neueren Partikularrechte ein, so besonders auf das preussische A.L.R., welches

sich mit den gefundenen Sachen sehr ausführlich befasste[1]) und ferner auch auf das sächsische B.G.B.[2]).

Im Anschluss an diese teilweise sehr eingehende Regelung unserer Materie seitens der Partikulargesetzgebung hat auch das B.G.B. (für das deutsche Reich) den gefundenen Sachen grössere Beachtung als das gemeine Recht geschenkt und ist nicht, wie einige vorschlugen, ganz flüchtig darüber hinweggegangen[3]).

Das B.G.B. handelt nun von den gefundenen Sachen in einem eigenen, mit „Fund" überschriebenen Unterabschnitt des Sachenrechts und rechnet hierzu auch den Schatz. Diesen wollen wir aber auch hier und bei unserer ganzen weiteren Betrachtung zunächst ausscheiden. Denn er nimmt, wie auch schon im römischen Recht, eine derartige Sonderstellung ein, dass wir ihn, ebenso wie das B.G.B., unten am Schluss unserer ganzen Abhandlung getrennt betrachten wollen.

Für die übrigen gefundenen Sachen (i. e. S.) hat das B.G.B. im Gegensatz zum „Schatz" keine technische Bezeichnung wie etwa „gefundene Sache" oder „Fundsache"; es sagt vielmehr einfach nur „die Sache". Wir wollen aber die eben angeführten Ausdrücke beibehalten, da wir sie würden schwer entbehren können.

Was versteht nun das B.G.B. unter einer solchen gefundenen Sache?

Cosack[4]) gibt uns auf diese Frage unzufrieden zur Antwort: „Der Begriff der Fundsache ist vom B.G.B. in tiefes Dunkel gehüllt". Doch wir werden bald sehen,

---

[1]) A.L.R. I, 9, §§ 19—73.

[2]) Sächsisches B.G.B. §§ 233—243. Einige in diesen §§ enthaltene spezielle Sonderbestimmungen wurden für unser heutiges B.G.B. vorbildlich.

[3]) so wollte z. B. Pfizer das ganze Fundrecht in höchstens 3§§ erledigt wissen; s. Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zum Entwurf eines B.G.B., Berlin 1890, Bd. 3, S. 183.

[4]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1899, II. Bd., I. Abt. S. 140.

dass das Gesetz diesen Begriff, wenn auch nicht ganz klar gelegt, so doch ein ganzes Stück aus dem jedenfalls noch viel tieferen Dunkel, in welchem er früher verborgen lag, ans Licht gezogen hat.

Das B.G.B. sagt in dem die Fundlehre einleitenden § 965: „Wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt, hat . . .“

Hiernach gehört zum Begriffe der Fundsache:

1. eine verlorene Sache

2. das Finden und Ansichnehmen derselben.

Aus dem Erfordernis zu 2 ergibt sich einmal, dass das blosse Antreffen einer Sache ausser Besitz, wie oben für das römisch-gemeine Recht Gimmerthal behauptete, nicht genügt. — Es ist ferner der Zweifel ausgeschlossen, ob man auch Rechte finden kann, da diese nach § 90 B.G.B. nicht unter den Begriff „Sache“ fallen. — Endlich kann man im Sinne des § 965 auch nicht Immobilien finden. Zwar heisst es im § 965 nicht ausdrücklich: „Wer eine verlorene bewegliche Sache findet . . . “; dass aber unter Sachen hier nur bewegliche zu verstehen sind, geht einmal aus der Stellung des ganzen Abschnittes unter den Titel „Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen“, dann aber auch aus der Verbindung des Wortes „Sache“ mit „verlieren“ hervor. Unbewegliche Sachen kann man nicht verlieren, weil, wie Delbrück richtig bemerkt[1]), „dies in der Natur der Sache liegt“, d. h., weil sie sich eben von ihrem Orte nicht fortbewegen lassen können und man daher stets weiss, beziehungsweise wissen kann, wo sie sich befinden.

Bezüglich des Punktes 2 stimmt also das B.G.B. mit der von uns für das römisch-gemeine Recht anerkannten Delbrück'schen Ansicht überein.

---

[1]) Delbrück, a. a. O. S. 19.

Was bedeutet nun das Erfordernis zu 1: eine verlorene Sache?[1][2])

Das B.G.B. erläutert den Begriff „verloren" nicht näher. Auch hier können wir als Grundlage die Delbrück'sche Auffassung wählen.

„Verloren" bezieht sich ebenfalls auf den Besitz der Sache, nicht auf das Eigentum. Denn von herrenlosen Sachen handelt das Gesetz im vorherstehenden, mit „Aneignung" betitelten Abschnitt. — Ferner muss der Besitz der Sache unfreiwillig verloren gegangen sein; andernfalls hätten die in den Vordergrund gestellten Vorschriften, die dem Verlierer die Wiedererlangung des Besitzes ermöglichen sollen, keinen Sinn. – Endlich kann man hier ebenfalls nur einen Besitzverlust mit nachfolgender Besitzlosigkeit verstehen, da das Finderrecht keinen Eingriff in fremden Besitz gewähren will.

Wir sehen somit, dass die Delbrück'sche Auffassung vom Verlieren auch für unser heutiges Finderrecht durchaus verwertbar ist. Jedoch in einem Punkte möchten wir den Begriff der verlorenen Sache für das B.G.B. erweitern und zwar bezüglich derjenigen Sachen, welche dem früheren Besitzer gestohlen oder geraubt worden sind und nachher von dem Täter wieder weggeworfen wurden

---

[1]) vgl. hierzu Brückmann, der Begriff der verlorenen Sache im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 23, S. 322 ff. und dort Citierte Nach Brückmann (s. dessen Definition auf S. 327) ist der Begriff der verlorenen Sache rein wirtschaftlich und zugleich rein subjektiv zu fassen; er macht ferner den Verlustbegriff und Besitzbegriff von einander unabhängig. Dies kommt hauptsächlich daher, weil Brückmann den Begriff des Besitzverlustes (s. u. S. 50 ff.) zu eng fasst. Im Erfolg führt daher die Brückmannsche und die unsrige Auffassung zu keinem so verschiedenen Ergebnis, als es hier auf den ersten Blick erscheinen mag.

[2]) vgl. auch Oertmann, die Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzanspruch im röm. und deutsch. bürgerl. Recht, 1901, S. 276 ff.; er kennt dort „im engeren Sinne verlorene Sachen" (S. 283), eine Unterscheidung, die nicht geboten erscheint.

(z. B. aus Furcht vor Entdeckung, oder weil sie dem Täter auf der Flucht hinderlich waren).

Diese Sachen gehören streng genommen nicht zu den verlorenen im oben ausgeführten Sinne. Denn dem früheren Besitzer sind sie zwar unfreiwillig aus seinem Besitz gekommen, aber sie traten damit gleichzeitig wieder in neuen Besitz, nämlich in den des Diebes. — Ferner hatte das Wegwerfen der Sachen seitens des letzteren zwar Besitzlosigkeit zur Folge; aber das Aufgeben des Besitzes erfolgte mit Willen des Diebes, da dieser die Sachen ja absichtlich wegwarf.

Bei unserer beabsichtigten Ausdehnung des Begriffes „verlorene Sache“ auf die gestohlenen und nacher wieder weggeworfenen stossen wir noch auf eine andere Schwierigkeit. Das Gesetz selbst scheint ausdrücklich unter den verlorenen Sachen nach einigen anderen Stellen die gestohlenen nicht mitzuverstehen. So werden in den §§ 794, 935, 1006 und 1007 B.G.B. die gestohlenen Sachen neben den verlorenen aufgezählt.

Wenn wir aber trotzdem hier den Begriff der verlorenen Sache in dem angeführten weiteren Sinne fassen, so geschieht dies einmal aus einem praktischen Bedürfnis und ausserdem, um dem Sinn und Zweck des ganzen modernen Finderrechts gerecht zu werden. Das B.G.B. beabsichtigt doch durch seine Bestimmungen über den Fund die dadurch betroffenen Sachen dem Empfangsberechtigten zurückzugewähren, oder. falls dies nicht tunlich ist, das Eigentum an denselben neu zu gestalten; es sollen solche Sachen nicht auf unbestimmte lange Zeit hinaus dem Verkehr entzogen sein und totes Kapital bilden. Ein derartiges praktisches Bedürfnis besteht aber für die gestohlenen bezw. geraubten und nachher wieder weggeworfenen Sachen in demselben Masse wie für die eigentlichen verlorenen Sachen. Es ist wohl daher nicht gegen das Gesetz, sondern nur im Sinne des Gesetzes, wenn wir den Begriff „verlorene Sache“ in diesem weiteren Sinne fassen.

Muss nun die Sache in dem jetzt festgestellten Sinne tatsächlich eine verlorene sein, oder genügt es, wie für das gemeine Recht, dass man (oder nach Delbrück: dass der Finder) die Sache für eine verlorene hält?

Deutet schon der Wortlaut des Gesetzes: „Wer eine verlorene Sache findet . . .“ auf das Erfordernis des tatsächlichen Besitzverlustes hin, so wird uns unten die eigentliche Abhandlung noch den inneren Grund für die Richtigkeit dieser Annahme und für den damit aufgestellten Gegensatz zum gemeinen Recht zeigen.

Wir verstehen also für das B.G.B. unter Finden (Fund) das Antreffen und Ansichnehmen einer fremden, beweglichen, körperlichen Sache, deren Besitz tatsächlich verloren ist.

Das Finden einer Sache im juristisch-technischen Sinne hat nun in allen entwickelteren Rechten gewisse bald mehr, bald weniger erhebliche Rechtswirkungen zur Folge.

Interessant ist wohl der Hinweis, dass schon das mosaische Recht, eines der ältesten uns bekannten Rechte, das Finden erwähnt und zwar im V. Buch Moses, Kap. 22, Vers 1–3. Dort wird dem Finder die Pflicht auferlegt, die gefundene Sache dem Eigentümer zurückzubringen, oder, wenn er ihn nicht kennt, dieselbe aufzubewahren, bis sie der Eigentümer suchen kommt.

Von den uns geläufigen Rechten legt dem Finden die stärkste Wirkung das deutsche Recht bei, da nach demselben der Finder unter gewissen Voraussetzungen sogar Eigentum an der Fundsache erwerben konnte. Ihm folgen unserere sämtlichen neueren Gesetze einschliesslich des B.G.B.

Auch für die Besitzverhältnisse ist das Finden von Bedeutung und Einfluss.

Wie sich nun die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache gestalten, soll in folgendem unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung untersucht werden.

Hierbei wollen wir aber zunächst nur den Fall ins Auge fassen, dass die Sache von einem redlichen Finder gefunden wird, d. h. von einem Finder, der die Sache an sich nimmt, um sie dem Verlierer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten zurückzugeben. Über den unredlichen Finder, der die Absicht hat, die Sache für sich zu behalten, werden wir am Schluss sprechen.

Kapitel 1.

Besitzverhältnis des Finders zur Fundsache.

I. Abschnitt.

Geschichtliches.

1. Römisches und gemeines Recht.

Der römischen Besitzlehre eigentümlich ist die Teilung in zwei scharf auseinander zu haltende Besitzarten: die detentio und die possessio. Erstere bedeutet die keinen besonderen Schutz geniessende Innehabung, letztere den durch den Interdiktenschutz privilegierten Besitz (Interdiktenbesitz).

Wir haben uns also für das römische Recht zu fragen: Wird der Finder durch das Ansichnehmen der Sache Detentor oder Possessor?

Dass die römischen Quellen hierüber keine positive Bestimmung treffen, wie sie es bei vielen anderen Rechtsverhältnissen getan haben, braucht uns bei der bekannten Flüchtigkeit, mit der sie über das Finderrecht hinweggegangen sind, nicht Wunder nehmen. Wir müssen also aus den allgemeinen Grundsätzen heraus, die über das innere Verhältnis von detentio und possessio zu einander bestehen, unsere Entscheidung treffen.

Damit begeben wir uns aber auf ein überaus streitiges und unsicheres Gebiet. Worüber streitet man nicht alles

bis heutigen Tages in der gewaltigen Besitzliteratur: so über den Grund des Besitzes, man hat da historische, philosophische, legislative u. a. Gründe ausgeführt; man streitet, ob der Besitz ein factum oder ein Recht sei; was unter animus und was unter corpus zu verstehen sei und wie sich beide zu einander verhalten; ob die detentio oder possessio die ältere Besitzart sei u. s. w.

Die Quellen haben uns nämlich von der Besitzlehre kein scharf gezeichnetes Bild hinterlassen. Im gemeinen Recht fing dann dieses Bild immer mehr zu verblassen an und wurde schliesslich durch die hineingetragenen kanonisch- und deutschrechtlichen Gedanken ganz verwischt und unklar. Die meisten Schriftsteller der früheren Jahrhunderte, die sich mit der Besitzlehre befassten, beklagten sich demgemäss allgemein über die Schwierigkeiten ihrer Untersuchungen. Einige gerieten darüber förmlich in Verzweiflung. Es herrschte vollständige Unklarheit und Verworrenheit in der römischen Besitzlehre.

Erst Savigny hat durch seine epochemachende Schrift „Das Recht des Besitzes" diesen „Augiasstall" gesäubert, um hier ein ganz passendes Bild von Heusler zu gebrauchen[1]), und zwar recht gründlich. Er hat das reine römische Besitzrecht aufzudecken versucht und dadurch über ein halbes Jahrhundert lang die Welt in seinem Banne gehalten, bis Ihering seine Lehre von Grund an umzustürzen uud zu vernichten suchte.

Kann man auch im allgemeinen die Savigny'sche Besitztheorie noch als die herrschende für das gemeine Recht bezeichnen. so hat Ihering sich weitgehende Beachtung errungen. Manche[2]) halten sogar die Savigny'schen „Irr"-Lehren durch Ihering tatsächlich als für immer beseitigt und wagen allen Versuchen, die in

---

[1]) Heusler, die Gewere, Weimar 1872, S. 457.

[2]) so Fischer, Sammlnng von Vorträgen über den Entwurf eines B.G.B., Berlin 1896, Heft III.

neuerer Zeit gemacht wurden[1]), um diese überwundene Theorie wieder zu beleben, die völlige Erfolglosigkeit zu prophezeien.

Fest steht jedenfalls, dass Ihering auf die Entwickelungsgeschichte unseres heutigen Besitzrechtes einen bedeutenden Einfluss ausgeübt hat. Denn der von ihm versuchte Nachweis der gänzlichen, praktischen Unbrauchbarkeit der herrschenden (Savigny'schen) Besitzlehre trug wesentlich dazu bei, dass man im II. Entwurf des B.G.B. von der Aufnahme derselben Abstand nahm.

Es erscheint somit geboten, die Besitzverhältnisse des Finders an der Fundsache nach römisch-gemeinen Recht von diesen beiden bedeutendsten Theorieen aus zu beurteilen.

Allgemein anerkannte Elemente des Besitzes sind animus und corpus. Darüber aber, was man namentlich unter animus zu verstehen habe, und ob und inwiefern dieser animus für die Frage nach dem Vorhandensein von detentio und possessio von Bedeutung sei, lassen sich die Quellen nicht bestimmt aus.

Savigny geht nun bei der Entwickelung seines Besitzbegriffes von der detentio aus.

detentio ist nach ihm „der Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden kann[2])." Damit nun diese detentio (factum oder corpus) zum Besitz werde, müsse noch ein Plus hinzukommen, nämlich der animus possidendi. Darunter sei aber nicht zu verstehen die Absicht, fremdes Eigentum auszuüben, sondern die Absicht auf eigenes Eigentum.

animus possidendi ist also nach Savigny der animus domini[3]). Dieser Satz bildet den Grundpfeiler der ganzen

---

[1]) besonders seitens Randa, der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts u. s. w. 4. Aufl., Leipzig 1895.

[2]) Savigny, das Recht des Besitzes, 7. Aufl., Wien 1865, S. 26.

[3]) Savigny, a. a. O., S. 110.

Savigny'schen Besitztheorie. Seit Ihering nennt man sie infolgedessen auch die Subjektivitäts- oder Willenstheorie.

Nun finden sich aber in den Quellen fünf Besitzer (Pfandgläubiger, Prekarist, Superfiziar[1]), Sequester und Emphyteuta), denen ausdrücklich Besitzesschutz verliehen ist, die also possessio haben ohne den von Savigny als wesentliches Erfordernis aufgestellten animus domini und die somit in die Savigny'sche Begriffsbestimmung nicht hineinpassen wollen. Doch hier handelt es sich nach Savigny um den von ihm sogenannten „abgeleiteten Besitz[2])". Es liegen hier Rechtsverhältnisse vor, bei denen der ursprüngliche Besitzer zugleich mit der detentio das jus possessionis übertragen habe und bei denen das positive Recht eine solche Übertragung ohne gleichzeitige Übertragung des Eigentums ausnahmsweise gestatte.

Hieraus ergibt sich nun hinsichtlich unserer Frage, ob der Finder bezüglich der Fundsache detentor oder possessor ist, folgendes:

Abgeleiteten Besitz, den wir vorwegnehmen wollen, hat er nicht: denn er ist unter den fünf abgeleiteten Besitzern nicht erwähnt.

Für den ursprünglicheu Besitz ist zwar das erste Erfordernis, das corpus, vorhanden, da er ja zweifellos die detentio an der Fundsache hat. Hat er nun aber auch den animus domini? Will er „die Sache ebenso beherrschen, wie ein Eigentümer kraft seines Recht zu tun befugt ist, also insbesondere auch ohne, einen anderen besser Berechtigten über sich anerkennen zu wollen[3])"?

Sicherlich nicht. Denn der ehrliche Finder (den unehrlichen wollen wir ja bis zum Schluss ganz ausserhalb unserer Betrachtung lassen) hat ja gerade die Sache

[1]) bei diesem ist die Besitzereigenschaft bestritten; vgl. Engelmann, das bürgerliche Recht Deutschlands, Berlin 1900, S. 473.

[2]) Savigny, a. a. O., S. 120.

[3]) Savigny, a. a. O., S. 110.

in seine Detention genommen, um sie dem Eigentümer bezw. Verlierer zurückzugeben. Diesen erkennt der Finder als besser Berechtigten über sich an; er selbst weiss, dass er kein Eigentumsrecht an der Fundsache hat, und will sich ein solches auch gar nicht anmassen.

Mithin erlangt der Finder auch keinen ursprünglichen Besitz an der Fundsache; er ist also nur Detentor. —

Dieser Savigny'schen Lehre sei jetzt die Ihering'sche gegenübergestellt. Ihering selbst nennt sie die Objektivitätstheorie in seiner von kühnem Schwunge der Begeisterung für sein Ziel getragenen, den Leser mit sich fortreissenden, genialen Streitschrift „der Besitzwille".

Er kämpfte darin vor allem gegen den animus domini als Kriterium von detentio und possessio an. Auf den animus komme es gar nicht an; er sei beim detentor wie beim possessor völlig derselbe; beide wollen die Sache behalten. Sobald man in den Besitz als Unterscheidungsmerkmal von der detentio den animus domini hineintrage, mache man „das ganze Besitzverhältnis zum reinen Spielball der Laune[1][2])".

Ihering will also die ganze Subjektivitätstheorie zu Falle bringen. Bei der Begeisterung für dieses sein Ziel kennt er keinen Widerstand. Keinem, der sich ihm in

[1]) Ihering, der Besitzwille, Jena 1898, S. 15 ff.

[2]) Diese Beurteilung der Savigny'schen Lehre ist nicht frei von Übertreibung. Bezüglich des abgeleiteten Besitzes haben wir ja eben gesehen, dass derselbe vom ursprünglichen Besitzer in den fünf Ausnahmefällen nur kraft positiven Rechtssatzes übertragen wird (Savigny a. a O., S. 121). Der ursprüngliche Besitzer kann also nicht etwa willkürlich an andere (z. B Pächter) das Besitzrecht übertragen. Ferner, wenn der Besitzer durch einen Repräsentanten (z. B. Mieter) besitzt, so kann letzterer sich nicht willkürlich aus einem Detentor dadurch zum possessor machen, dass er einfach den aniums domini fasst. Dem steht einmal der Satz entgegen: nemo sibi causam possessionis mutare potest. Ferner „galt die Regel, dass der Repräsentant nur dann als Besitzer gelte, wenn er zugleich ein furtum begangen habe" (Savigny a. a. O., S. 82 und 365).

den Weg stellt, wird Gnade gegeben. So muss namentlich Paulus ein hartes Urteil über sich ergehen lassen, der durch 2 Quellenstellen einzig und allein die unglückselige Subjektivitätstheorie heraufbeschworen habe.

Diese beiden Stellen lauten:

(Dig. 13,7 l. 37) Paulus libro quinto ad Plautium. Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia, antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.

(Dig. 41,2 l. 1, § 20) Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt adquirere. alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

Würden nun diese beiden Stellen die Kompitatoren der Pandekten nicht aufgenommen haben, nie würde, wie Ihering a. a. O., S. 270 sagt, „die Subjektivitätstheorie das Licht der Welt erblickt haben“ [1]).

Ihering schiebt also die ganze Schuld dem Paulus zu und lässt ihn dafür auch gehörig büssen; er ist ihm „ein wüster Fanatiker im Konstruieren“; in seinem blinden Feuereifer lasse er sich „zu Deutungen hinreissen, bei denen man fragen möchte, ob er noch recht bei Sinnen gewesen sei“ u. s. w. [2]).

---

[1]) Auch hier liegt Übertreibung vor. Der Gedanke, dass das Unterscheidungsmerkmal von detentio und possessio im aniums liegt, findet sich auch bei anderen Juristen (vgl. hierüber die Ausführungen von Kuntze, zur Besitzlehre für und wider Rudolph v. Ihering, S. 16 ff.).

[2]) Ihering, a. a. O, S. 274 ff.

Auf diese Weise glaubt Ihering die Stütze der von ihm bekämpften Subjektivitätstheorie leichter Hand brechen zu können, um dann ungestört seine Theorie aufbauen zu können. Hierbei geht Ihering vom Besitz, nicht, wie Savigny, von der Detention aus. Der Besitz sei die ältere ursprüngliche Form. Damit nun der Besitz zur Detention werde, müsse sein „n“ vom Besitz subtrahiert werden. (Ihering sucht nämlich seine und die Savignysche Besitztheorie durch mathematische Gleichungen zu veranschaulichen). Dieses „n“ sei eine der gesetzlichen causae civiles, „die hier dem Tatbestand des Besitzes seine sonstige Wirksamkeit entzieht“, die also aus dem Besitz detention mache. Es sei somit überall, wo das positive Recht einem Besitzverhältnis nicht ausdrücklich die Besitzrechte entziehe und damit dasselbe zur detentio herabdrücke, juristischer Besitz anzuerkennen.

Da nun in den Quellen keine Bestimmung zu finden ist, dass der Finder nur detentio (also ausdrücklich keinen Besitzschutz) haben solle, so folgt daraus nach Ihering, dass der Finder juristischer Besitzer ist.

Entgegengesetzt, wie der Standpunkt war, von dem aus Ihering seine Lehre entwickelte, ebenso entgegengesetzt ist auch das Resultat.

Ehe wir Ihering und seine Theorie verlassen, sei kurz erwähnt, dass er selbst zu unserer Frage in seinem „Besitzwillen“ unter dem Titel (XVII) „Problematische Besitzverhältnisse“ — so nennt er alle, bezüglich deren die Quellen Zweifel lassen, ob Besitz oder detentio anzunehmen ist — besonders Stellung genommen hat. Er kommt dort natürlich auch zu dem Resultat, dass der Finder juristischer Besitzer ist, geht aber auf diese Frage nicht besonders ausführlich ein, da sie ihm für das geltende (gemeine) Recht ohne jedes praktische Interesse ist. —

Nach der herrschenden (Savigny'schen) Lehre war nun, wie wir oben festgestellt, der Finder nur Detentor.

Dieses Resultat gab aber selbst Anhängern der Subjektivitätstheorie zu denken, da hier meistens eine

detentio vorlag ohne gleichzeitigen juristischen Besitz. Denn der Verlierer hatte, wie wir noch unten (Kap. 2, Abschn. I) sehen werden, regelmässig den Besitz verloren; die Sache war somit besitzerlos, also ohne jeden besonderen Besitzesschutz.

„Die Unzuträglichkeiten dieses Mangels jeden Besitzesschutzes liegen auf der Hand" sagt Mandry[1]) in seiner „Lehre vom Besitzwillen" und er bemüht sich nun, wegen dieses vermeintlichen praktischen Bedürfnisses dem Finder juristischen Besitz zu verschaffen. Dieses sein Streben veranlasst ihn, einen Anhänger der Willenstheorie, die ganze Lehre vom Besitzwillen erneuter Prüfung zu unterziehen und glaubt „das Rätsel des Besitzwillens" in jeder Beziehung, auch hinsichtlich des Finders, dadurch der Lösung näher zu bringen, dass er sagt: Besitzwille und Detentionswille treffen inhaltlich völlig zusammen; beide bedeuten den Willen, die Sache zu haben. Nur komme zum Besitzwillen die Absicht hinzu, sich selbst zum Besitzer zu machen.

Damit scheint er von der herrschenden Lehre abtrünnig geworden zu sein, aber eben nur scheinbar ist dies der Fall. Denn im Grunde genommen sagt er gar nichts. Besitzwille ist gleich Absicht, sich selbst zum Besitzer zu machen, heisst eben, Besitzwille ist der Wille, Besitzer zu sein oder Besitzwille ist gleich Besitzwille[2])!

Ebenso missglückt wie diese Besitzlehre im allgemeinen ist sie es auch im besonderen bezüglich des Finders. Dieser habe den Willen, sich zunächst (also vorläufig) selbst zum juristischen Besitzer zu machen in der Absicht, den Besitz nachträglich dem sich meldenden Verlierer zu überlassen. Da er somit den Besitzwillen (im Mandry'schen Sinne) habe, sei er wirklicher juristischer Besitzer.

---

[1]) Mandry, im Archiv f civ. Praxis Bd. 63, S. 2 ff.

[2]) vgl. Windscheid, Pandekten, 8. Aufl. Frankfurt 1900, S. 659. f.

Mit solchen gekünstelten Absichten und Nebenabsichten lässt sich jedoch, abgesehen davon, dass sie wohl selten bei einem Finder (wohl höchstens nur, wenn er gerade Jurist und Anhänger Mandry's ist), vorhanden sein werden, nichts anfangen. Sobald eben der Finder, wie es jeder ehrliche Finder tun muss, den Verlierer als besser Berechtigten über sich anerkennt und für ihn die Sache haben will, kann er sie nicht gleichzeitig auch für sich selbst besitzen wollen[1]).

An diese Mandry'sche Lehre klingen die Ausführungen von Kuntze[2]) an, der mit einem Eventualwillen operiert. Dem Finder schwebe der Gedanke vor, dass die Sache vielleicht vom Eigentümer derelinquiert sei oder dass der Eigentümer — wenn sie einen solchen hat — sich möglicherweise nicht melden werde, dass sie also dann in sein Eigentum falle. Im Hinblick hierauf habe er den Willen, die Sache eventuell als die seinige zu behalten, habe also eventuellen Eigentümerwillen. Insofern sei er wahrer juristischer Besitzer und habe als solcher auch wahren Besitzesschutz.

Erscheint auch diese Art von Besitzwille des Finders zwar natürlicher als die von Mandry, so liegt doch auch hier, wie Kuntze selbst zugibt, einmal ein kompliziertes Seelenverhältnis vor. Dann aber ist vor allem die Voraussetzung, dass die Sache eventuell in das Eigentum des Finders fallen werde, unrichtig. Nach dem reinen römischen und gemeinen Recht konnte man, selbst nach 30jähriger Klagenverjährung, kein Eigentum an der Fundsache erwerben[3]). Die gegenteilige Delbrück'sche Auffassung ist als irrig zu bezeichnen.

Als dritte und letzte Art, wie man, ohne mit der herrschenden Willenstheorie zu brechen, einen Besitz des

[1]) ähnlich spricht sich gegen Mandry aus Weiss, das Recht des Finders, Dissertation Göttingen 1891, S. 31.

[2]) Kuntze, a. a. O., S. 70.

[3]) vgl. Windscheid, a. a. O., S. 837 Nro. 7; Dernburg, Pandekten, 3. Aufl., Berlin 1892, S. 480.

Finders zu konstruieren versuchte, sei die Dernburg'sche Ansicht erwähnt. Er hält den Finder für einen juristischen Besitzer, weil er eine dem Sequester analoge Stellung habe[1]).

Die Besitznatur des Sequesters ist nun aber selbst wieder streitig. Die herrschende Lehre nimmt nämlich mit Savigny an, dass der Sequester nur dann Besitz habe, „wenn die Parteien ausdrücklich bestimmen, dass dieser Dritte Besitz haben solle, damit durch diesen Besitz alle bisherige Usukapion unterbrochen werde[2])". Nach dieser Ansicht kann man aber undenkbar einen Besitz des Finders im Wege der Analogie konstruieren. Dernburg selbst begegnet denn auch diesem Einwand damit, dass er dem Sequester stets juristischen Besitz zuspricht. Die einschläglichen Quellenstellen (Dig. 16,3 l. 17 § 1 und Dig. 41,2 l. 39) seien von Savigny falsch aufgefasst worden. Dernburg hat jetzt noch Ihering[3]) auf seiner Seite, der aus praktischen Gründen den Sequester stets als juristischen Besitzer ansieht. Sonst könne ja diejenige der streitenden Parteien, die noch Besitzer sei, vom Sequestor jederzeit wieder die Herausgabe der Sache (eventl. gewaltsam) verlangen und damit den ganzen Zweck der Sequestration vereiteln.

Mag nun aber auch der Sequester stets juristischer Besitzer sein, so bleibt doch der Dernburg'sche Versuch, dem Finder analog dem Sequester Besitz zuzusprechen, sehr gewagt[4]).

Die Stelluug des Finders kann man doch der des Sequesters nur insofern analog nennen, als der Sequester Verwahrer ist; denn darin sind sich Finder und Sequester

[1]) Dernburg, a. a. O., S. 403; ebenso auch Hölder in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. XXXIV, S. 248 f.

[2]) Savigny, a. a. O., S. 301.

[3]) Ihering a. a. O., S. 382.

[4]) Kipp (in seiner 8. Aufl. von Windscheids Pandekten, S. 659,7) bemerkt mit Recht: „Diese Analogie kann nicht anerkannt werden".

einander ähnlich, dass sie beide die Sache für einen anderen aufbewahren wollen. Die Momente aber, die das positive Recht zwang, den Sequester aus dem gewöhnlichen detentorischen Verwahrer zu einem besonderen possessorisch geschützten zu machen, fehlen bei dem Finder gänzlich. Von letzterem kann man doch nicht behaupten, dass er Besitz haben solle, um eine etwaige Usukapion des bisherigen Besitzers zu unterbrechen oder um gegen Eingriffe des bisherigen Besitzers geschützt zu sein. Im Gegenteil, der Finder will ja gerade den Besitz des Verlierers erhalten und ihm die Sache herausgeben.

Mit Hilfe dieser Analogie lässt sich also auch schwerlich juristischer Besitz des Finders konstruieren.

Damit mag der geschichtliche Einblick in die Besitzverhältnisse des Finders zur Fundsache nach römischem und gemeinem Recht schliessen.

Er hat ergeben, dass nach der herrschenden Lehre der Finder nur detentor war, dass aber zufolge des der ganzen römischen Besitzlehre anhaftenden doktrinären Zuges grosse Zerfahrenheit in diesem Punkte, selbst unter den Anhängern der herrschenden Lehre, bestand.

---

2. Deutsches Recht und A.L.R.

Das Besitzinstitut des deutschen Rechtes ist die Gewere.

Wie im deutschen Sachenrecht überhaupt, so muss man die demselben charakteristische Scheidung in Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht auch bei der Gewere beachten, da sich dieselbe an Liegenschaften anders als an Fahrnis gestaltet.

Wenn wir hier auch die erstere in den Kreis unserer Betrachtung ziehen, obwohl ja von einem Finden von Liegenschaften nicht die Rede sein kann (s. Einleitung), so geschieht dies einmal, weil sie wichtig ist für den Begriff der Gewere an Fahrnis, da sich diese erst aus jener

herausentwickelt hat, und weil sie ferner in der Entwickelungsgeschichte des modernen Besitzrechtes eine Rolle gespielt hat, wie wir noch unten festzustellen mehrfach Gelegenheit haben werden.

Um nun den Begriff der Gewere an Liegenschaften möglichst klar zu legen, wollen wir ihn unter Gegenüberstellung mit der eben erörterten possessio behandeln.

Beiden gemeinsam ist nur, dass sie eine Art Gewaltverhältnis über eine Sache bezeichnen und dass beide an das Vorhandensein zweier Elemente geknüpft sind. Im einzelnen sind sie aber in ihren Voraussetzungen und in ihrer Bedeutung wesentlich von einander verschieden.

Das eine Element der römischen possessio, das corpus, bildet zwar auch eine Voraussetzung für die Gewere; aber es wird hier anders aufgefasst. Der Deutsche erblickt nämlich eine ausreichende tatsächliche Herrschaft über ein Gut in der Nutzung desselben; sogar eine blosse Nutzung in Gestalt der Zinsgewinnung genügte.

Als zweites Element musste im römischen Recht, damit sich die detentio zum Besitz erhebe, der animus domini hinzutreten, also der blosse Wille, die Sache wie ein Eigentümer zu haben, ohne Bezugnahme auf irgend ein dies gestattendes Recht. Denn die possessio war zu einem selbständigen Rechtsverhältnis erstarkt, das ohne Rücksicht auf ein dahinterstehendes Recht geschützt wurde.

Anders das deutsche Recht. Es kennt keine solche Trennung von Besitz und Recht. Die Gewere bleibt vielmehr in dauernder Verbindung mit dem Recht; sie ist ja das Kleid des Rechts und zwar nicht nur des Eigentums, sondern jedes selbständigen Rechtes, das in die äussere Erscheinung treten kann. Daher muss im deutschen Rechte, damit die in der Nutzung liegende Herrschaft über ein Gut zur Gewere wird, die Behauptung hinzutreten, dass dem Inhaber der Nutzung eine selbständige, nach objektivem Recht mögliche Berechtigung zur Nutzung zustehe. Darin liegt zwar auch ein Willensmoment; aber

der blosse Wille, ein dingliches Recht, und wäre es auch das Eigentum, auszuüben, genügt nicht; er wird nur beachtet, wenn ihm, wenigstens der Behauptung nach, ein dingliches Recht zur Seite steht. Der Wille als solcher ist also belanglos. Der Schwerpunkt liegt vielmehr in der Behauptung eines Rechtes, nach welchem er befugt ist, das Gut selbständig innezuhaben (sibi habere), d. h. für sich zu nutzen. (Den Titel des Rechts braucht aber der Inhaber von vornherein etwa nicht darzutun).

Aus dem Zusammenwirken der beiden Elemente (Nutzung und Behauptung einer entsprechenden, nach objektivem Recht möglichen, dinglichen, selbständigen Berechtigung) zur Begründung der Gewere ergibt sich einmal, dass der unselbständige Inhaber, der also die Sache nicht für sich nutzte, keine Gewere hatte: so fehlte die Gewere den Dienstboten am Hausrate des Herrn sowie dem Verwalter eines Gutes, er „darbte" der Gewere an dem Gute. Ferner konnten mehrere gleichzeitig an derselben ganzen Sache die Gewere haben, da mehrere sie in der Weise nutzen konnten, dass z. B. der eine den Gebrauch, der andere den Mietszins von der Sache hatte. Es konnte somit auch (im Gegensatz zum ursprünglichen Besitz des römischen Rechtes) jemand die Gewere an der Sache haben, der einen Eigentümer über sich anerkannte, sodass viele Detentoren Gewereinhaber waren.

Endlich, die Arten der Gewere sind ebenso mannigfaltig wie die Herrschaftsrechte, die nach deutschem Rechte an einer Sache möglich sind. Alle diese Gewerearten sind aber keine Anomalien, wie uns als solche die abgeleiteten Besitzarten im römischen Rechte entgegentragen; sie sind vielmehr wahre, echte Geweren.

Nur 3 Arten von Geweren[1]) bilden Ausnahmefälle insofern, als bei ihnen von einer tatsächlichen Nutzung

[1]) 1. Die Gewere an der Erbschaft geht mit dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers auf den Erben über, ohne dass dieser

nicht die Rede ist; man bezeichnet sie daher auch als ideelle Geweren.

Anders gestaltet sich die Gewere an der Fahrnis. Nach der einen Ansicht habe man in früherer Zeit überhaupt keine Gewere an Fahrhabe gekannt; erst später sei dieser Begriff durch Miss- und Nachbildungen der Gewere an Liegenschaften entstanden.

Richtiger ist wohl Heuslers Ansicht[1]). Denn wenn auch die Quellen der fränkischen Zeit und wohl ebenso die des Mittelalters von einer Gewere an Fahrnis nicht sprechen, so hat doch derjenige, welcher ein Gut in Gewere hat, gleichzeitig auch die auf denselben befindlichen Mobilien in seiner Gewere, jedoch mit der Einschränkung, dass es hier keine mehrfache Gewere gibt. Vielmehr hat bei mehrfacher Gewere an einem Gut nur derjenige die Gewere an der auf demselben befindlichen Fahrnis, der in der Gewere des Gutes sitzt (die ledigliche Gewere an dem Gute hat), der also die Fahrnis unmittelbar in seinem Gewahrsam hat. Aus dieser Verbindung der Gewere an Fahrhabe mit der an Liegenschaften ergibt sich andererseits der negative Satz, dass keiner Gewere an Fahrnis haben kann, der ohne Gewere an dem Gute ist, auf dem sie sich befindet.

Diese enge Verknüpfung der Gewere an Gut mit der an Fahrnis begann sich zu lösen, als die Fahrhabe immer mehr den Charakter des Gutsinventars verlor. Nun musste man eine selbständige Gewere an Fahrnis anerkennen; jedoch gelangte hier die Rechtsbildung nicht zu festen

---

die tatsächliche Verfügung über die Erbschaft erlangt zu haben braucht.

2. Der gewaltsam aus einem Grundstück Dejizierte gilt im Verhältnis zum Dejizienten noch für Jahr und Tag als in der Gewere des Grundstücks befindlich

3. Unmittelbar durch die Auflassung erlangt man, ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Besitzergreifung, die Gewere an dem Gute.

[1]) Heusler, a. a. O., S. 66 u. 278 ff.

Formen. Im allgemeinen hielt man an den früheren Grundsätzen fest, dass nur derjenige die Gewere an Fahrnis habe, der sie seines Nutzens halber in seiner tatsächlichen Gewalt hat[1]) und dass infolgedessen immer nur eine Gewere möglich sei, die ledigliche Gewere[2]).

Eine solche eigennützige tatsächliche Innehabung trifft nun nach deutschem Recht für den Finder zu. Das eigennützige Moment liegt einmal schon in der Aussicht auf Eigentumserwerb. Wenn nämlich der Verlierer sich auf das öffentliche Aufgebot des Finders hin binnen einer kurzen Frist von meistens 6 Wochen nicht meldete, so verschwieg er sich damit, und dem Finder wurde bald allein, bald zu einem Bruchteil zusammen mit der Obrigkeit das Eigentum zugesprochen. Ausser diesem Recht erhielt der Finder seit dem Mittelalter auch einen Anspruch auf Fundgeld.

Der Finder hatte somit die Gewere.

Von dem Begriff der Gewere hatte man jedoch, namentlich zufolge der Zulässigkeit einer ideellen Gewere gegen Ende des Mittelalters keine klare Auffassung und Vorstellung mehr. Bei der Reception des römischen Rechtes siegte daher die possessio, die für die Gedankengebilde einer ideellen Gewere keinen Raum liess und mehr der fasslicheren leiblichen Gewere ähnelte.

Auch das Volk wandte sich der possessio zu, sodass seit dieser Zeit das Wort Gewere durch Besitz (blosse Übersetzung von possessio) in der Volkssprache gänzlich verdrängt wurde. Aber die Bekanntschaft, die die possessio mit der Gewere gemacht hatte, zeitigte doch ihre Wirkungen. Sie erkennt man zunächst deutlich in dem preussischen A.L.R., der bedeutendsten partikularrechtlichen Kodifikation, wieder.

---

[1]) vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht, II. Aufl., S. 143.

[2]) Nach Heusler (a. a. O, S. 280,1) soll man jedoch die nur für die Gewere an Liegenschaften gebrauchten Epiteta auf den Fahrnisbesitz besser nicht anwenden.

Seine sehr weitschweifige in nicht weniger als 250 §§ abgehandelte, sonst aber ziemlich glücklich geregelte Besitzlehre trägt zwar die Grundzüge des römischen Rechtes an sich; es kennt die Scheidung in Gewahrsam und Besitz (detentio und possessio). je nachdem animus possessionis vorhanden ist oder nicht. Jedoch ist der Besitz zufolge des deutschrechtlichen Einflusses der Gewere bedeutend erweitert. Es wird nicht animus domini erfordert, sondern es genügt jeder animus rem sibi habendi. Es haben also, wie im deutschen Recht, u. a. der Pächter, Mieter, Niessbraucher Besitz. Aber das A.L.R. scheidet den Besitz, je nach der Beschaffenheit des animus possessionis, in zwei Arten. Denjenigen, der die Sache für sich als eigene besitzt, nennt es „vollständigen Besitzer"; derjenige aber, „der die Sache zwar als fremdes Eigentum, jedoch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat, heisst unvollständiger Besitzer" (A.L.R. I, 7 § 6).

Ein solcher unvollständiger Besitzer ist der redliche Finder, wie das A.L.R. in I, 9 § 26 ausdrücklich hervorhebt. Die Absicht für sich selbst über die Fundsache zu verfügen, welche die Gewahrsam des Finders zum unvollständigen Besitz macht, hat ihre Berechtigung in dem Anspruch des Finders auf Fundlohn bezw. eventuellen Zuschlag des Eigentums (I, 9 §§ 46 ff.).

Man kann hier in dem unvollständigen Besitz des Finders deutlich wieder erkennen, wie im stillen die frühere Gewere fortlebte und die possessio umgebildet hatte.

II. Abschnitt.

Besitzverhältnis des Finders zur Fundsache nach B.G.B.

Allen denjenigen, welche von dem B.G.B. eine einigermassen glückliche Regelung des von so vielen Theorien durchsetzten Besitzrechtes, der schwierigsten Materie des Sachenrechtes, ja vielleicht des ganzen Privatrechtes, erhofft hatten, bereitete der I. Entwurf eine herbe Enttäuschung.

Ohne Rücksicht, ja im vollen Widerspruch mit der gesunden Auffassung des alltäglichen Lebens, baute er seine Besitzlehre wieder auf einer künstlichen, in dem animus domini liegenden Unterscheidung von Besitz und Innehabung auf und schuf so wiederum ein durch und durch doktrinäres Gebäude. Als ganz zu verwerfende Grundlage diente ihm der Gedanke, dass der Besitz vorzugsweise ein Element des Eigentumserwerbes sei, dehnte aber andererseits seltsamerweise den vollen Besitzschutz auf jeden Inhaber, selbst auf unseren heutigen Besitzdiener aus[1]). Kurz der Entwurf bedeutete keinen Fortschritt, sondern eher einen Rückschritt gegenüber unseren Partikularrechten.

Fast einmütig verwarf auch die Kritik eine derartige Missbildung.

Auf diesen allseitigen Widerspruch hin, namentlich angeregt durch die Schriften von Ihering, Bekker und besonders Strohal, arbeitete die zweite Kommission das Besitzrecht gänzlich um und brachte uns damit endlich die Erlösung aus dem unheilvollen Banne der Pandektendoktrin. Dies bedeutet einen gewaltigen Fortschritt, so dass man mit Bekker[2]) das Besitzrecht des Entwurfes II. Lesung als eine äusserst förderliche Tat bezeichnen

[1]) Drastisches Beispiel für die praktische Unbrauchbarkeit dieser Bestimmung gibt Ihering, a. a. O., S. 504.

[2]) Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Iherings Jahrb. Bd. 34, S. 22 u. 72 f.

muss. Dieses verdienstvolle, mit glücklicher Hand durchgeführte Werk finden wir, fast unverändert zum Gesetz erhoben, im B.G.B. wieder.

Dasselbe lehnt sich mit seiner Besitzlehre direkt weder an das gemeine noch an das deutsche Recht oder ein Partikularrecht an, sondern hat die verschiedenartigen, in diesen Rechten erprobten Sätze verwendet, um aus ihnen, völlig frei und selbständig, ein zeitgemässes deutsches Besitzrecht zu schaffen. Erkennt man auch in seinen Grundzügen vornehmlich römisches Recht wieder, so ist doch nichts von jenem doktrinären Zuge zu finden, welcher die römische Besitzlehre zu einer so gekünstelten machte. Vielmehr sucht das B.G.B. überall Fühlung mit der natürlichen Ansschauung des alltäglichen Lebens, ja es hat sogar gewagt, zum Ausgangspunkt den Besitzbegriff der gemeinen Volksanschauung zu wählen. Es befasst sich demgemäss auch nur mit der Regelung des Besitzschutzes und dessen Voraussetzungen.

Hierbei hat es das B.G.B. in weiser Vorsicht vermieden, sich mit einer allgemeinen Definition des so komplizierten Besitzbegriffes abzumühen. Es steckt nur den Anfangs- und den Endpunkt ab, es sagt nur, wie der Besitz erworben und verloren wird.

Uns interessiert in diesem Teile nur der Besitzerwerb und zwar der originäre. Er vollzieht sich einfach „durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache“ (B.G.B. § 854).

Dadurch, dass das B.G.B. diesen Satz an die Spitze seines Besitzrechtes stellt, gibt es zum Ausdruck, dass es das Hauptgewicht beim Besitz auf die tatsächliche Gewalt legt. Was versteht es nun aber unter dieser tatsächlichen Gewalt?

Dies wird nicht näher angegeben. Wir werden hier an das eine Element des römischen Besitzes erinnert, an das corpus. Dies wurde von Savigny ausgelegt als „der Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich, sondern auch jede fremde

Einwirkung verhindert werden kann (s. o., S. 22). Diese Definition betont aber zu sehr die physische Gewalt; sie erinnert uns noch zu lebhaft an die Urzeit, wo sich freilich der Stärkere als Besitzer gefühlt haben mag, und wo er auch als solcher angesehen wurde. Für unser modernes Verkehrsleben aber ist diese Begriffsbestimmung der tatsächlichen Gewalt zu eng[1]). Wir müssen vielmehr unter der tatsächlichen Gewalt, durch die der Besitz erworben wird, ein Gewaltverhältnis verstehen, das unsere gegenwärtige Verkehrsanschauung als Herrschaft einer Person über die Sache anerkennt unter freier Würdigung des Tatbestandes des Einzelfalles: tatsächliche Gewalt bezeichnet also ein soziales Gewaltverhältnis. Auch die Entscheidung, wann und wie eine solche Gewalt über eine Sache erlangt wird, soll die Verkehrsanschauung treffen.

Diese wird sich auch nicht erst lange besinnen, dem Finder einer verlorenen Sache mit dem Ansichnehmen derselben die Erlangung der tatsächlichen Gewalt zuzusprechen; er tritt zu der Fundsache in ein tatsächliches Verhältnis, das von jedem zu achten ist, das zu zerstören, jeder für einen verwerflichen Eingriff halten würde.

Mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist aber auch der Besitz erworben. Ein zweites Element wird nicht erfordert wie z. B. im römischen Recht der seiner ganzen Besitzlehre verhängnisvoll gewordene animus domini, oder wie im deutschen Recht die Behauptung eines dinglichen Rechtes (s. o. S. 32), wodurch Besitz und dingliches Recht zusammengeworfen wurden.

Dadurch entzieht das B.G.B. aber dem Willen nicht jede Bedeutung für die Besitzlehre. Er spielt vielmehr auch weiterhin eine Rolle; so bei der freiwilligen Aufgabe des Besitzes (§ 856), beim fehlerhaften Besitz (§ 858), beim Eigenbesitz (§ 872). Auch bei dem Besitzerwerb

---

[1]) Das B.G.B. hat deshalb auch die von verschiedener Seite vorgeschlagenen, aber zu engdeutigen Bezeichnungen „Innehabung“ oder „Gewahrsam“ vermieden.

wird er meistens vorhanden sein, da in vielen Fällen gerade der Wille die treibende Kraft zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt bilden wird. Aber als allgemeines Erfordernis ist der Wille für den Besitzerwerb nicht aufgestellt.

Man würde sonst vielfach mit der Verkehrsanschauung in Konflikt geraten, während man doch ihr gerade gesetzliche Anerkennung verschaffen wollte: so z. B. wenn ein Kind eine Sache findet uud an sich nimmt.

Das römische Recht kannte keinen Besitzerwerb durch Kinder, weil sie keinen rechtserheblichen Willen fassen konnten. Die Verkehrsanschauung verlangt dagegen, dass auch das tatsächliche Verhältnis eines Kindes zu einer solchen Sache nicht ungeschützt bleibt. Sie verpönt es, wenn einem Kinde z. B. ein von ihm gefundes Geldstück entrissen wird, in gleicher Weise, wie wenn diese Eigenmacht gegen einen voll- oder beschränkt Geschäftsfähigen verübt wäre.

Da nun der Mangel eines rechtsgeschäftlichen Willens keine Schranke mehr für den Besitzerwerb nach dem B.G.B. bildet, so werden demnach auch Kinder und sonstige Geschäftsunfähige Besitzer der Fundsache von dem Augenblick an, wo sie dieselbe an sich nehmen. Die gegenteilige Ansicht derer. welche auch heut einen Besitzerwerb der Kinder entweder garnicht oder nur beschränkt anerkennen wollen, entspricht, wie wir gesehen haben, nicht der Auffassung des alltäglichen Lebens und damit auch nicht der des Gesetzes. —

Bisher haben wir das Besitzverhältnis des Finders zur Fundsache nur von dem allgemeinen, im § 854 festgelegten Grundsatz des Besitzerwerbes aus betrachtet, ohne zu beachten, dass das Gesetz hiervon auch Ausnahmen macht.

Freilich sind dies nur scheinbare Ausnahmen, für uns wenigstens, die wir den Besitz als sozialen Gewaltbegriff aufgefasst haben, indem wir als Ausgangspunkt des Gesetzes das gemeine Urteil des Volkes ansahen. Denn wir können beobachten, dass das Volk auch feinere

Unterschiede in seinem Begriff der tatsächlichen Gewalt macht und praktisch alltäglich anwendet, wobei es sich freilich oft von Regeln des Anstandes und der Höflichkeit leiten lässt. Es sieht nicht jeden, der nach aussen hin gerade die Gewalt über eine Sache hat, auch als Besitzer derselben an.

So wird es niemandem einfallen, beispielsweise der Köchin an dem Küchengerät, dem Fabrikarbeiter an dem von ihm innerhalb der Fabrik benutzten Werkzeug, dem Omnibuskutscher an den Pferden, dem Theaterbesucher an dem ihm von seinem Nachbar geborgten Opernglas Besitz zuzusprechen. Infolgedessen sind alle diese Personen schon nach § 854 keine Besitzer, weil sie eben nicht die hierzu erforderliche Gewalt im Sinne der Volksanschauung erlangt haben.

Um dies noch besonders zum Ausdruck zu bringen, hat das B.G.B., namentlich in Rücksicht darauf, dass derartige Fälle so häufig vorkommen und dabei so verschiedenartiger Natur sind, dieselben durch besondere Bestimmungen abzugrenzen versucht. Damit hat es gleichzeittg die Innehabung, wenn auch nicht dem Namen nach (in der Volkssprache hat sich auch noch kein feststehender Sprachgebrauch herausgebildet), neben dem Besitz ausdrücklich anerkannt, wie alle früheren Rechte, die wir bisher betrachtet.

Diese Innehabung stellt sich also nicht als Ausnahme von dem im § 854 aufgestellten allgemeinen Besitzbegriff dar, wie die meisten annehmen, sondern nur als Erläuterung desselben im Sinne der Verkehrsanschauung[1]). Hieraus folgt auch, dass Besitz und Innehabung sich so zu einander verhalten, dass überall Besitz anzunehmen ist, wo nicht das Gesetz den Gewaltinhaber ausdrücklich zum blossen Inhaber stempelt: also dasselbe Verhältnis, dem wir oben (S. 26) nach der Ihering'schen Lehre bezüglich der possessio und detentio begegnet sind.

[1]) vgl. besonders Planck, Kommentar zum B.G.B., Berlin 1902, III. Bd.

Es bleibt uns mithin noch übrig, zu untersuchen, ob der Finder vom Gesetz etwa in den Kreis der Inhaber hineingezogen ist.

Man unterscheidet nach dem B.G.B. zwei Arten der blossen Innehabung: die kurzweg sogenannte Innehabung der Hausgenossen und die zufällige Innehabung.

Letztere in § 867 geregelte Art der Innehabung hat den Fall zum Gegenstand, dass eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt ist. Hier ist letzterer (der Besitzer des Grundstücks) nur Inhaber der Sache, solange sie nicht irgendwie in Besitz genommen ist. Da ja aber das Finden einer Sache immer das Inbesitznehmen derselben verlangt (s. o. Einleitung), so scheidet diese zufällige Innehabung aus unserer Betrachtung von selbst aus.

Die sog. Inhabung der Hausgenossen liegt nach § 855 B.G.B. dann vor, wenn „Jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat". Hier ist nur der Andere Besitzer. Der blosse Inhaber hat keinen besonderen Namen; er wird in der Wissenschaft meist Besitzdiener genannt, eine zuerst von Bekker vorgeschlagene, sehr treffende Bezeichnung.

Durch diese Vorschrift des § 855 werden wir einmal erinnert an das Detentionsverhältnis der Sklaven und Hauskinder nach römischem Recht, die ebenfalls alle Sachen nur für ihren Herrn innehatten. Ferner trafen wir ähnliche Grundsätze im deutschen Recht, welches ja dem Gesinde an dem Hausrate ihres Herrn keine Gewere gab, und nach welchem auch der Verwalter von Liegenschaften der Gewere darbte (vgl. o. S. 32).

Das B.G.B. hat diese Gedanken noch weiter geführt, indem es hierher ganz allgemein auch ähnliche Verhältnisse rechnet, vermöge deren jemand den sich auf die

Sache beziehenden Weisungen eines anderen Folge zu leisten hat.

Tritt nun der Finder etwa mit dem Finden in ein solches Verhältnis zum Verlierer?

Mag auch in vielen Fällen, namentlich wenn Verwahrung in das Besitzverhältnis hineinspielt, die Unterscheidung zwischen einem solchen Besitzdiener und dem Besitzer des § 868 (s. u. S.53 ff.) wie im täglichen Leben, so auch rechtlich oft seine Schwierigkeiten haben: in unserm Falle kann der Finder nie als Besitzdiener des Verlierers aufgefasst werden, selbst dann nicht, wenn etwa zufällig der Verlierer Augenzeuge des Findens sein sollte.

Der Finder hat nämlich nach § 972 in Verbindung mit § 1000 an der Fundsache ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Aufwendungen und seines Finderlohnes. Sobald aber einem Inhaber ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache zusteht, kann er nie Besitzdiener, sondern nur Besitzer sein, da er eben hier den Weisungen des Anderen z. B. die Sache herauszugeben, kraft seines Zurückbehaltungsrechts nicht Folge zu leisten braucht.

Wir sehen, das Gesetz hat die Grenze für die Besitzdienerschaft hier nicht zu weit gezogen. Der Finder ist und bleibt nach dem Gesetz, im Einklang mit der Verkehrsanschauung, Besitzer der gefundenen Sache.

Wir haben jetzt noch die Frage zu berühren, zu welcher Klasse von Besitzern nach B.G.B. der Finder zählt.

Bei allen früheren Rechten, die wir betrachtet, konnten wir eine Einteilung des Besitzes beobachten. Das römische Recht unterschied Eigentümerbesitz und abgeleiteten Besitz; das deutsche Recht kannte verschiedenartige Einteilungen, so in hebbende Gewere, im Gegensatz zur ideellen oder mit Bezugnahme auf den Rechtstitel in eigentliche, Lehns-Satzungsgewere u. s. w. im Gegensatz zur blossen Gewere u. a. m.; das A.L.R. teilte den Besitz in vollständigen und unvollständigen.

Auch nach B.G.B. unterscheidet man verschiedene Arten des Besitzes. Die Hauptarten sind unbegrenzter und begrenzter Besitz (Teilbesitz, Mitbesitz), fehlerhafter und fehlerfreier Besitz und vor allem die für das ganze Sachenrecht wichtige Einteilung in Eigenbesitz und Besitz schlechthin. Für letzteren hat das B.G.B. keinen besonderen Namen; man pflegt ihn in diesem Gegensatz gewöhnlich als Fremdbesitz zu bezeichnen.

Eigenbesitzer, d. h. ein Besitzer, der eine Sache als ihm gehörend besitzt, wird der redliche Finder, sobald er nach den Vorschriften der §§ 973 ff. das Eigentum an der Fundsache erwirbt; bis dahin ist er Fremdbesitzer.

Es sei jedoch bemerkt, dass diese Einteilung in Eigenbesitz und Fremdbesitz, die das B.G.B. in seiner Besitzlehre macht, keinerlei Bedeutung für das Besitzrecht selbst hat, da sich ja, wie schon früher angedeutet, das B.G.B. mit Recht nur befasst mit der Regelung des Besitzschutzes und dessen Voraussetzungen. Darum konnte auch der Abschnitt über Besitz von allen Bestimmungen, die sich nicht hierauf beziehen, gesäubert werden[1]). Dass trotzdem die infolgedessen nicht in das Besitzrecht des B.G.B. gehörende und für dasselbe belanglose Definition des Eigenbesitzes (§ 872) dem Abschnitt „Besitz“ angefügt ist, beruht offenbar auf einem redaktionellen Versehen[2]), das aber sachlich belanglos ist.

---

[1]) Die dadurch ermöglichte kurze (vgl. im Gegensatz hierzu über das Besitzrecht des A.L.R. oben S. 35) und klare Gestalt unseres heutigen Besitzrechts rühmt man berechtigterweise als einen bedeutenden Vorzug und Fortschritt.

[2]) Die Bestimmung des § 872 ist noch aus dem I. Entwurf, in dessen Besitzlehre sie freilich hier am rechten Ort war, in dem Besitz-Abschnitt stehen geblieben. Jetzt gehört sie jedenfalls in den 3. Abschnitt des Sachenrechts des B.G.B.

So einfach nun das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung, dass der Finder nach B.G.B. Besitzer der Fundsache ist, dem Laien erscheinen mag, so hat doch das Besitzrecht, wie wir gezeigt, erst eine lange allmählige Entwickelung durchmachen müssen, ehe es zu dieser heutigen Vollkommenheit gelangte.

So war im römischen und gemeinen Recht der Finder nur detentor, ein im wesentlichen schutzloser Inhaber. Wir sahen zwar, wie sich die gemeinrechtliche Wissenschaft bemühte, diese engen Fesseln, in denen der römische Besitzbegriff lag, zu sprengen; doch vergeblich, der Finder blieb detentor. Das A.L.R. tat zwar unter deutschrechtlichem Einfluss einen befreienden Schritt, blieb jedoch auf halbem Wege stehen; es wagte noch nicht den Finder, wie so viele andere Detentoren zu vollständigen Besitzern zu erheben. Erst das B.G.B. hat den Mut gehabt, hier wahren, wirklichen Besitz anzuerkennen.

Kapitel 2.

Besitzverhältnis des Verlierers zur Fundsache.

I. Abschnitt.

Geschichtliches.

Wir hatten oben in der Einleitung den Begrif „finden“ für das römische und gemeine Recht aufgefasst als das Antreffen und Ergreifen einer körperlichen, beweglichen, fremden Sache, die man nach den Umständen des Falles für eine verlorene halten kann.

Damit war bereits angedeutet, dass der Besitz der Sache z. Z. des Findens noch nicht untergegangen zu sein braucht. Es fragt sich also zunächst, wann der „Verlierer“ (im Sinne der Volksanschauung, die sich bezüglich des Besitzverlustes nicht im Einklang mit dem rechtlichen Besitzverlust, wie überhaupt mit dem ganzen römischen Besitzrecht befand) an der gefundenen Sache seinen Besitz verliert.

Wir brauchen bei der Behandlung dieser Frage, wie überhaupt dieses ganzen Teiles nicht die einzelnen Theorien auseinanderhalten, da in den Fragen, die uns hier beschäftigen, keine so entgegengesetzten Ansichten bestehen.

Dass der „Verlierer“ an der ihm abhandengekommenen Sache seinen Besitz nicht schon mit dem Augenblick verliert, wo er die tatsächliche physische Gewalt einbüsst, ist in mehreren Quellenstellen deutlich zum Ausdruck gebracht, so Dig. 41,2 l. 3, § 13 (vas ita exciderit, ut non

inveniatur), Dig. 41,2 l. 25 pr. (ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit). Es geht hiernach der Besitz erst dann verloren, wenn der Verlierer, wie Savigny[1]) und Ihering[2]) übereinstimmend zugeben, vom Abhandenkommen der Sache Kenntnis erhält und seine Bemühungen auf Wiedererlangung der Sache sich als erfolglos herausgestellt haben.

„Der Besitz an der verlorenen Sache dauert also solange fort, als der Verlierende den Verlust noch nicht bemerkt und noch keinen Versuch gemacht hat, sie wiederzufinden; erst wenn dieser Versuch vergeblich angestellt ist, geht der Besitz unter[2])".

„Kann der Finder es nun der Sache ansehen", fragt Ihering mit Recht weiter, „ob der Besitz noch fortdauert oder untergegangen ist?".

Dies kann offenbar kein Finder, und wäre er auch ein Jurist. Denn diese Bestimmungen über den Besitzverlust sind zu sehr auf die Individualität des Verlierers und auf reine Zufälligkeiten abgestellt, als dass man im Zeitpunkt des Findens irgend welche sichere Anhaltspunkte für das Fortbestehen oder Nichtbestehen des Besitzes haben kann.

Unter diesem Gesichtspunkte erscheint die Freitag'sche Begriffsbestimmung des Findens als das Antreffen und Ergreifen einer körperlichen, beweglichen, fremden Sache, deren Besitz tatsächlich verloren ist, als zu eng und unbillig. Da wir andererseits die Delbrück'sche Auffassung, welche ausschliesslich die subjektive Meinung des Finders über den Besitzverlust entscheiden lassen will, oben mit Freitag als für das Civilrecht zu weitgehend verwarfen, so erscheint wohl in diesem Punkte am besten ein rein objektiver Massstab angebracht. Aus diesem Grunde hatten wir oben in unsere Definitionen „finden" bezüglich des Besitzverlustes das Erfordernis aufgenommen, dass man nach den Umständen des Falles die Sache für eine verlorene halten kann.

---

[1]) Savigny a. a. O. S. 340 ff.
[2]) Ihering, a. a. O., S. 424 f.

Den eben gezeichneten Lauf des Besitzverlustes unterbricht nun das Finden und Ansichnehmen der Sache seitens des Finders in keiner Weise. Nur eine heimliche oder gewaltsame Entziehung der Sache würde den sofortigen Besitzverlust des bisherigen Besitzers herbeiführen, wie Dig. 41,2 l. 15 zeigt: Rem, quae nobis subrepta est, perinde intellegimus desinere possidere atque eam, quae vi nobis erepta est. Für den ehrlichen Finder trifft diese Bestimmung natürlich nicht zu.

Diejenigen, welche nun oben (S. 26 ff.) den Finder zum juristischen Besitzer machten, geraten hier mit dem häufig über den Zeitpunkt des Findens fortdauernden Besitz des Verlierers in Konflikt. Es würde hier nämlich eine Zeit lang eine compossessio plurium (des Verlierers und des Finders) in solidum bestehen. Über diese Schwierigkeit suchen sie sich dadurch hinwegzuhelfen, dass sie den Besitz des Finders erst mit dem überdies höchst unsicheren Zeitpunkt beginnen lassen, wo der bisherige Besitz des Verlierers untergeht[1]): jedenfalls ein ganz unbestimmter und gekünstelter Besitzerwerb, ein echt doktrinäres Gebilde!

Sobald der Besitz des Verlierers in der erörterten Weise untergegangen ist, erscheint noch von weiterer Bedeutung die Frage, ob der Verlierer etwa durch den Finder von neuem Besitz an der Fundsache erwirbt. Diese Frage hat natürlich nur Bedeutung für die herrschende Lehre, die dem Finder bloss Detention zuschreibt, da die Anhänger der anderen Ansicht neben der possessio des Finders einen Besitz des Verlierers wegen der grundsätzlichen Unmöglichkeit der compossessio plurium in solidum nicht konstruieren können.

Zwecks Beantwortung unserer Frage müssen wir das Rechtsverhältnis feststellen, in welches der Finder durch das Finden zum Verlierer tritt. Dasselbe wird überwiegender

[1]) vgl. Hirsch, Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes nach römischem Recht, S. 678 f.

und richtiger Ansicht nach als negotiorum gestio angesehen. Denn wenn auch die Quellen nichts von der Anwendbarkeit der negotiorum gestio auf das Finden erwähnen, so muss man doch diese Lücke der Quellen, die in dem von ihnen sehr vernachlässigten Finderrecht ja nicht besonders auffällt, aus den allgemeinen Grundsätzen heraus ergänzen. Es ist nun sicherlich niemand, der eine verlorene Sache antrifft, irgendwie verpflichtet, dieselbe an sich zu nehmen. Tut er dies aber, dann nimmt er für den Verlierer, ohne beauftragt zu sein, ein — wenn auch nur tatsächliches — Geschäft vor, das Sache des Verlierers gewesen wäre. Damit ist offenbar der Tatbestand der negotiorum gestio und zwar der sogen. stellvertretenden negotiorum gestio gegeben.

Auch praktische Erwägungen drängen übrigens dazu, den Finder als negotiorum gestor zu behandeln, um ihm nämlich die Pflicht aufzuerlegen, das einmal begonnene Geschäft auch weiter zu führen. Sonst wäre der Finder, wie Ihering, der die negotiorum gestor-Eigenschaft desselben bekämpft, tatsächlich behauptet[1]), jederzeit berechtigt, die Fundsache beliebig wieder wegzuwerfen. Das hiesse doch aber die Möglichkeit des Verlierers, die Sache wiederzuerlangen, ganz unberechtigterweise erschweren oder sogar in vielen Fällen gänzlich ausschliessen.

Kann nun der Verlierer durch den Finder, einen negotiorum gestor, Besitz erwerben? Dies ist freilich möglich, aber erst dann, wenn der Verlierer ermittelt wird, und er die Geschäftsführung genehmigt, wobei es übrigens streitig ist, ob der Besitzerwerb ex nunc oder ex tunc eintritt. Von vornherein aber erwirbt der Verlierer keinen Besitz durch den Finder, weil zum Besitzerwerb durch einen Stellvertreter nach der herrschenden Ansicht ein Mandat, und wäre es auch nur ein Generalmandat, erforderlich ist.

Diese herrschende Lehre hat neuerdings Schlossmann in seiner Schrift „der Besitzerwerb durch Dritte“

---

[1]) Ihering, a. a. O., S. 422.

bekämpft und fasst das Ergebnis seiner dort angestellten Untersuchung in folgendem Satz zusammen: „Der Besitz, welchen jemand für einen anderen, und zwar nicht suo nomine ergreift, fällt diesem anderen ipso iure ohne vorgängiges Spezial- oder Generalmandat und ohne nachfolgende Ratihabition zu[1]).

Mit dieser seiner Behauptung verstösst er aber einmal gegen die Quellen, die er mit vorgefasster Meinung auslegt und ebenso gegen die Praxis, die einen derartigen abenteuerlichen[2]) ohne jeden Willen des Erwerbers erlangten Besitz nie anerkannt hatte und auch nicht anerkennen konnte.

Ehe wir das römische und gemeine Recht verlassen, wollen wir uns unter Berücksichtigung des im ersten Kapitel gefundenen Ergebnisses noch einmal vergegenwärtigen. wie sich hier die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache gestalten.

Wir bemerken hierbei eine eigentümliche Erscheinung: nach der herrschenden Lehre besteht im Regelfalle an der Fundsache weder Besitz des Verlierers noch Besitz des Finders, vielmehr steht dieselbe ausschliesslich und allein in der Detention des Finders.

[1]) Schlossmann, der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht, Leipzig 1881, S. 174.

[2]) vgl. Mitteis, die Lehre von der Stellvertretung, Wien 1885, S. 67.

II. Abschnitt.

Besitzverhältnis des Verlierers zur Fundsache nach B.G.B.

1. Bisheriger Besitz des Verlierers.

Für das B.G.B. hatten wir in der Einleitung in absichtlichem Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht bezüglich des Begriffs „gefundene Sache“ das Erfordernis des wirklichen Besitzverlustes aufgestellt. Es genügte uns nicht, dass man die Sache bloss für eine verlorene hält.

Diese Abweichung hat ihren berechtigten Grund in der brauchbareren, nicht so doktrinären Gestaltung unseres modernen Besitzrechtes.

Der für uns hier in Frage kommende unfreiwillige Besitzverlust erfolgt nach § 856 dadurch, „dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache verliert.“ Wann dies geschehen ist, bestimmt das Gesetz nicht. Für die Auslegung hat uns wieder der dem ganzen Besitzrecht zu Grunde liegende allgemeine Gedanke zu dienen, dass Besitz heut ein soziales und wirtschaftliches Gewaltverhältnis bedeutet. Es hat also, wie beim Besitzerwerb, so auch beim Besitzverlust grundsätzlich die Verkehrsanschauung zu entscheiden, wie lange ein solches Gewaltverhältnis als fortbestehend angesehen werden kann.

Einen kleinen Anhaltspunkt bietet hierfür das Gesetz insofern, als es im Absatz 2 des § 856 sagt, dass eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt den Besitz nicht beendet. Wann aber eine solche vorübergehende Verhinderung als vorliegend anzunehmen ist, diese wichtige Frage hat das B.G.B., um nicht zu künsteln, wieder offengelassen, und ist dieselbe im Einzelfalle frei nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen.

Hierbei kann man wohl für die Beantwortung der Frage nach dem Besitzverlust überhaupt als Leitstern den allgemeinen Grundgedanken ins Auge fassen, dass man Besitzverlust in allen denjenigen Fällen anzunehmen hat, wo zwischen der Sache und ihrem bisherigen Besitzer

erkennbarer Weise keine tatsächliche Beziehung mehr besteht, weder eine räumliche noch eine wirtschaftliche.

So besteht z. B. bei den bloss verlegten Sachen (vgl. oben S. 12) noch eine räumliche Beziehung: daher sind diese auch nicht verloren.

Eine lediglich wirtschaftliche Beziehung zwischen einer Sache und ihrem Besitzer besteht beispielsweise in folgendem Falle: Wenn man auf einer Landstrasse, die ausgebessert wird, Karren, Schippen, Picken und ähnliches Arbeitsgerät antrifft, so kann hier, auch wenn keine Arbeiter oder sonstige Personen sich dort in der Nähe befinden (z. B. nach Feierabend), gleichwohl jeder erkennen, dass diese Sachen noch in einer Beziehung, und zwar in einer wirtschaftlichen, zu einem Besitzer stehen. Diese Sachen befinden sich dort an einem Orte, wo sie ihrem Besitzer ihren ökonomischen Zweck erfüllen; sie sind nicht verloren.

Liegt nun aber an derselben Stelle etwa eine Brieftasche oder eine Brosche, so wird jederman sie zweifellos für verloren halten, und mit Recht. Hier ist der Besitz offenbar untergegangen, weil hier einmal keine räumliche Beziehung mehr zu einem Besitzer besteht und ferner ebensowenig eine wirtschaftliche; denn jedes wirtschaftliche Verhältnis zu dem bisherigen Besitzer ist hier offenbar gestört und zerstört.

Das römische Recht hingegen würde hier den Besitzverlust erst dann eintreten lassen, wenn der sog. Verlierer den Verlust bemerkt hat und sich seine Bemühungen, die Sache wiederzuerlangen, als erfolglos herausgestellt haben.

Weil nun unsere heutige Besitzlehre auch bezüglich des Besitzverlustes nicht so gekünstelt wie die römische ist, sondern auf einer gesunden, natürlichen Grundlage steht und sich infolgedessen den praktischen Bedürfnissen des alltäglichen Lebens anzupassen vermag, haben wir oben für das heutige Recht als notwendige Vorbedingung für das Finden verlangt, dass der Besitz der Sache zur Zeit des Findens wirklich verloren sein muss.

Es bleibt daher für die Betrachtung, ob und wie lange der frühere Besitz an der gefundenen Sache fortbesteht, nach heutigem Recht weiter kein Raum, und wir können uns somit gleich zu der Frage wenden, ob der Verlierer durch den Finder etwa neuen Besitz an der Sache erlangt.

2. Erwirbt der Verlierer durch das Finden von neuem Besitz.

a. Allgemeines.

Schon das römische Recht kannte, obwohl es im allgemeinen die Zulässigkeit einer Stellvertretung streng verwarf, aus praktischen Gründen einen Besitzerwerb durch Stellvertreter. Für unser modernes Verkehrsleben besteht natürlich eine nicht minder grosse Notwendigkeit, sich beim Erwerb und der Ausübung des Besitzes der Hilfe von Mittelspersonen zu bedienen.

Diesem auch sozial allgemein anerkannten Bedürfnis sucht das B.G.B. in doppelter Weise zu entsprechen. Es hat zwei von einander ganz verschiedene Klassen dieser sog. Besitzhelfer geschaffen, die Besitzdiener (§ 855) und die Besitzer des § 868. Erstere erlangen selbst keinen Besitz an der Sache, sondern erwerben ihn sofort und ausschliesslich für den Anderen; letztere hingegen erwerben vor allem sich selbst den Besitz und machen damit gleichzeitig auch den Anderen zum Besitzer und zwar zum „mittelbaren."

Den Besitzdiener haben wir bereits oben (S. 41 ff.) kennen gelernt. Wir mussten uns schon damals, als wir das Besitzverhältnis des Finders zur Fundsache feststellten, die Frage vorlegen, ob der Finder etwa als blosser Besitzdiener (des Verlierers) aufzufassen ist. Da wir dies verneinten, vielmehr den Finder als Besitzer ansahen, so kann hier ein etwaiger Besitzerwerb durch Besitzdiener nicht weiter in Betracht kommen.

Wie steht es nun mit dem Erwerb mittelbaren Besitzes seitens des Verlierers?

Eingeführt ist der mittelbare Besitz in das B.G.B. durch folgende Bestimmung des § 868: „Besitzt Jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Mit dem Wort „mittelbarer Besitz" hat das B.G.B eine Bezeichnung geschaffen, der wir bisher in keinem Rechte begegnet sind. Doch nur der Ausdruck ist neu. nicht aber der Gedanke, dass an derselben ganzen Sache ein gleichzeitiger mehrfacher Besitz möglich ist.

Schon im römischen Recht finden wir, trotzdem es ja grundsätzlich eine compossessio plurium in solidum verwarf, vereinzelt eine Art von Doppelbesitzverhältnis

So wird ausser dem Pfandgläubiger zugleich auch dem Pfandschuldner insofern Besitz an der Pfandsache zugesprochen, als er die Sache weiterhin usukapieren kann (Dig. 41,2 l. 1, § 15; eod. l. 36; Dig. 41,3 l. 16).

Ähnlich wird auch im Falle der Sequestration neben dem Besitz des Sequesters für die siegende Partei Ersitzungsbesitz angenommen (Dig. 41,2 l. 39).

Ferner sah man beim Prekarium ausser dem Prekaristen nach Dig. 43,26 l. 15 § 4 auch den Verleiher als Besitzer an.

Endlich erhielt der Niessbraucher, allerdings erst nach spätrömischem Rechte, neben dem juristischen Besitz des Niessbrauchsbestellers eine iuris quasi possessio mit Interdiktenschutz.

Bildeten aber alle diese Fälle nur vereinzelte Ausnahmen in Form von Fiktionen, so trat uns im deutschen Recht ein mehrfaches Besitzverhältnis als eine normale, durchaus geläufige Erscheinung entgegen; es lag in dem eigenartigen Wesen der Gewere sowie in ihren Voraussetzungen, dass man an Liegenschaften eine wahre

doppelte Gewere allgemein für zulässig hielt (wenigstens nach der herrschenden Ansicht von Heusler und Gierke).

Im A.L.R. begegneten wir ebenfalls einem mehrfachen Besitzverhältnis in Gestalt des vollständigen und unvollständigen Besitzes.

Es ist also der mehrfache Besitz des B.G.B. kein bisher ganz ungekanntes Institut, wie man teilweise behauptet hat.

Über das Wesen und die Bedeutung des mittelbaren Besitzes wird nun in der modernen Besitzliteratur ein lebhafter Streit geführt. Zwei Hauptansichten treten sich einander scharf gegenüber: die eine sieht in dem mittelbaren Besitz eine blosse Fiktion, während die andere den mittelbaren Besitz als wirklichen Besitz betrachtet.

Wir müssen hier zu diesen Theorien Stellung nehmen, da sie für die Beurteilung der Frage nach dem mittelbaren Besitz des Verlierers von entscheidender Bedeutung sind.

b. Wendtsche Theorie.

Hauptvertreter der Fiktionstheorie ist Wendt[1]).

Er spricht dem mittelbaren Besitz in jeder Beziehung die Natur eines wahren Besitzes ab. Der mittelbare Besitz sei ein dem übrigen Besitzrecht etwas ganz Fremdes, er sei eine Besonderheit, die mehr unter als über dem Strich stehe.

Aus der nicht ganz einwandsfreien Fassung des § 868 „so ist auch der Andere Besitzer", den Schluss ziehen zu wollen, dass der Andere nun wirklicher Besitzer sei, wäre ganz verkehrt und würde unhaltbare Zustände heraufbeschwören. Man vergegenwärtige sich nur ein solches Verhältnis des mittelbaren Besitzers zum tatsächlichen

[1]) Wendt, der mittelbare Besitz des B.G.B. im Archiv f. civ. Prax Bd. 87. S. 40 ff — Wendt, Gutachten in den Verhandlungen des 24 Deutsch. Juristentages Bd 3, Berlin 1898.

Besitzer: es würden hier zwei Besitzer neben einander konkurrieren, unter denen jeder Besitzprozess von vornherein aussichtslos wäre; neuter vincetur. Auch die Bestimmung, dass der Besitzer sich verbotener Eigenmacht erwehren könne, würde auf beide Besitzer in gleicher Weise zur Anwendung kommen müssen. Beide Besitzer müssten untereinander auf jeden Besitzschutz verzichten, und nur Selbsthilfe bliebe übrig, bei welcher der stärkere Arm den Ausschlag geben würde: occasio marioris tumultus!

Ein solches schwieriges und an inneren Konflikten reiches Doppelbesitzverhältnis wolle doch aber das Gesetz nicht schaffen. Vielmehr behalte der römische Grundsatz ubi ego sedeo, tu sedere non potes und die darin ausgesprochene Verwerfung einer compossessio plurium in solidum auch für unser modernes Besitzrecht seine Geltung. Der mittelbare Besitz könne also kein Besitz sein, wie ihn andere Besitzer haben; er sei vielmehr ganz analog dem Besitz des römischen Pfandgebers, der nur ad unam tantum causam besitze, nämlich zum Zwecke der Fortsetzung begonnener Ersitzung. Ebenso wie dieser Besitz sei auch unser mittelbarer Besitz eine blosse Fiktion und zwar auch ad unam tantum causam, nämlich um den mittelbaren Besitzer zur subsidiären Erhebung der Besitzklage gegen Dritte nach § 869 zu legitimieren[1]). Die Worte „so ist auch der Andere Besitzer" wollen somit nur ausdrücken, dass er Besitzer im Sinne des § 869 sei.

Wie nun Wendt einerseits dem mittelbaren Besitz fast jede Bedeutung abspricht, so stellt er andererseits hinsichtlich der Voraussetzungen für das Vorliegen desselben keine so strengen Anforderungen und erkennt ihn in weitem Umfange an.

[1]) Wendt beruft sich hierbei vor allem auf die Denkschrift (vgl. dieselbe, Berlin 1896, S. 169). Jedoch räumen wir derselben, wie überhaupt den Gesetzesmaterialien, bezüglich der Gesetzesauslegung keine autoritative Stellung ein: sie haben vielmehr in dieser Beziehung lediglich die Bedeutung privater Aeusserungen.

Denn nach seiner Ansicht ist es lediglich der Herausgabeanspruch, der dem mittelbaren Besitzer seine Besitzerstellung gebe. Doch sei dies nicht so allgemein aufzufassen, dass heut neben jedem fremden Besitz etwa noch der mittelbare Besitz des Eigentümers stehe. Es müsse vielmehr der Herausgabeanspruch aus irgend einem obligatorischen Rechtsverhältnis sich ergeben, das den tatsächlichen Besitzer zum Besitz berechtige oder verpflichte. Nur so (allgemein) dürfen die Worte des § 868 „ein [1]) Verhältnis, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist" ausgelegt werden.

Nach dieser Auffassung vom mittelbaren Besitz lässt das B.G.B., wie Wendt selbst sagt, gar keinen Zweifel über den mittelbaren Besitz des Verlierers aufkommen. „Man braucht nur zu lesen: ‚§ 966. Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet' und man hat damit bereits die gesuchte Antwort erhalten. Die ihm weiter auferlegte Anzeigepflicht (§ 865), die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bestättigen das Ergebnis, dass er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet ist."

Da nun ausserdem gegen den Finder ein Herausgabeanspruch gegeben ist, so steht folgerichtig nach Wendt „neben dem Besitz des Finders der mittelbare Besitz des Verlierers oder Eigentümers." —

Diese eben ausgeführte Wendt'sche Ansicht von dem mittelbaren Besitz des Verlierers müssen wir entschieden verwerfen, weil sie auf einer völligen Verkennung des Wesens des mittelbaren Besitzes beruht [2]).

Vorweg sei gleich bemerkt, dass einige die Wendt'sche Schlussfolgerung, der Finder sei dem Verlierer oder Eigentümer gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet, nicht aner-

[1]) Nicht berücksichtigt ist hier, wie überhaupt in der ganzen Wendt'schen Ausführung das Wort „ähnlich".

[2]) vgl. über den mittelbaren Besitz auch Binder, die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerl. Gesetzbuch, Leipzig 1901, I. Teil S. 51 ff.

kennen und ohne weiteres aus diesem Grunde den mittelbaren Besitz des Verlierers leugnen wollen. So sagt z. B. Planck[1]): „der Finder ist ihnen (dem Verlierer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten) gegenüber nicht auf Zeit zum Besitz verpflichtet, da er nach § 967 den Besitz jederzeit der Polizeibehörde überlassen kann."

Diese Auffassung können wir aber nicht teilen.

Nach § 966,1 ist der Finder zur Verwahrung und damit auch zum Besitz verpflichtet. Wenn nun in § 967 dem Finder die Berechtigung gegeben wird, die Sache der Polizeibehörde abzuliefern und damit auch den Besitz der Sache jederzeit der Polizeibehörde zu überlassen, so hebt doch diese Vorschrift nicht jede Pflicht des Finders zum Besitz überhaupt auf. Vielmehr will diese Bestimmung dem Finder nur die Zeit, die er nach § 966 zum Besitz verpflichtet ist, nach seinem Belieben und in seinem Interesse abkürzen helfen, falls ihm eine längere Zeit hindurch dauernde Pflicht zum Besitz lästig fallen sollte.

Der Finder bleibt also von dem Zeitpunkt der Besitzergreifung der Fundsache an dem Verlierer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten gegenüber zum Besitz verpflichtet und zwar eben mindestens auf solange Zeit, bis er die Sache der Polizeibehörde abliefert.

Wollte man übrigens diese Pflicht zum Besitz dem Finder absprechen, so könnte er ja z. B. auf dem Wege vom Fundort bis zum Polizeiamt die Sache beliebig wieder wegwerfen; man würde damit wieder zu dem von uns bereits oben (S. 48) als unhaltbar verworfenen Ihering'schen Ergebnis gelangen.

Mit dem Einwand also, dass der Finder gar nicht auf Zeit zum Besitz verpflichtet ist, lässt sich kurzer Hand die Wendt'sche Ansicht von dem mittelbaren Besitz des Verlierers nicht zu Falle bringen. Wir müssen vielmehr näher auf seine Theorie eingehen.

Ganz allgemein betrachtet liegt der Grundfehler der Wendt'schen Lehre vom mittelbaren Besitz in der un-

[1]) Planck, a. a. O., S. 56.

richtigen Auffassung unseres heutigen Besitzbegriffes. Für Wendt bedeutet Besitz auch heut noch die reine „Tatsache des Habens", das corpus des römischen Rechts. Damit gerät er aber in die bezüglich dieses Punktes doch verlassenen Bahnen des römischen Rechts, während man die eigentliche Wurzel des mittelbaren Besitzes im deutschen Recht zu suchen hat. Vom römisch-rechtlichen Standpunkt aus kann man sich aber natürlich eine compossessio plurium in solidum nicht erklären, und so kommt Wendt zu der Behauptung, dass das B.G.B. dieselbe ebenfalls verwerfe, ohne für diese grundlegende Auffassung irgend welche Beweise zu bringen; sie würden sich wohl auch nicht erbringen lassen, da dieser Satz des römischen Rechts mit Dernburg[1]) als durch das A.L.R. (vgl. oben vollständiger und unvollständiger Besitz) beseitigt anzusehen ist. Wo sich nun heut eine compossessio plurium findet, wie im Falle des § 868, bleibt für Wendt, ebenso wie den römischen Juristen, nichts anderes übrig, als hier zu einer Fiktion greifen. Dass er aber damit zu einem unhaltbaren Ergebnis gelangt, werden wir im einzelnen bald sehen.

c. Doppelbesitztheorie.

Zur Wendt'schen Fiktionslehre im scharfen Gegensatz steht die andere jetzt wohl allgemein anerkannte Ansicht[2]), nach welcher es sich beim mittelbaren Besitz um wirklichen Besitz und somit um ein Doppelbesitzverhältnis handelt. Unter den Anhängern dieser Ansicht gehen zwar die Anschauungen bezüglich des possessorischen Schutzes zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer wieder

[1]) Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, III. Bd., Halle 1898, S. 47.

[2]) Wendt hat mit seiner Ansicht nicht viel Anhänger gefunden. Es folgen ihm u. a.: Bartel, der mittelbare Besitz und die rei vindicatio, Dissertation 1898; Klein, der mittelbare Besitz des B.G.B., Dissertation 1899.

auseinander[1]), doch haben diese und ähnliche in einzelnen Punkten abweichenden Auffassungen für unsere Frage nach dem Besitzverhältnis des Verlierers keine ausschlaggebende Bedeutung. Alle Vertreter der Doppelbesitztheorie verwerfen jedenfalls einmütig die Wendt'sche Ansicht, dass der mittelbare Besitz eine blosse Fiktion sei. Und mit vollem Recht müssen wir ihnen beipflichten.

Einmal verstösst Wendt mit seiner Fiktionstheorie schon gegen den Wortlaut des Gesetzes. Nichts deutet im § 868 auf eine blosse Fiktion hin. Vielmehr bringen die Worte „so ist auch der Andere Besitzer" doch deutlich genug zum Ausdruck, dass er wirklich Besitzer ist. Hätte das Gesetz eine Fiktion aufstellen wollen, so würde

[1]) Als wahren Besitzer, dem alle Rechte eines solchen auch gegen den Besitzmittler zustehen, sehen den mittelbaren Besitzer u. a. an: O. Fischer, in Fischer-Henles Kommentar zum B.G.B. und in der deutschen Juristenzeitung, Jahrg. 1898; Bekker in Iherings Jahrbüchern Bd. 30 u. 34; Gierke, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach B.G.B. Jena 1897 und in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages Bd. 3, Berlin 1898; Kniep, der Besitz des B.G.B. Jena 1900; Gaertner, der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht, in Rud. Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts; Buhl, das Recht an beweglichen Sachen nach dem B.G.B, Berlin 1901.

Vertreter der anderen Ansicht, nach welcher der mittelbare Besitzer zwar wirklicher Besitzer ist, aber nach welcher ihm kein possessorischer, sondern nur der aus dem zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis entspringende obligatorische Schutz gegenüber dem Besitzmittler zusteht, sind u. a.: Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, Jena 1899; Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., Bd. II, Teil I, Berlin 1898; Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, Bd III, Halle 1898; Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1899, Bd. II; Franz Leonhard, Vertretung beim Fahrniswerb, Leipzig 1892; Strohal in Iherings Jahrbüchern Bd. 29, 31, 38. Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. 3, Berlin 1902; Schwenk, der Rechtsschutz des mittelbaren Besitzes nach dem B.G.B., Dissertation, Breslau 1903; Bunsen, Besitzschutz im B.G.B., im Archiv f. bürg. Recht, Bd. 23.

es dies sicherlich durch die sonst von ihm gewählte Wendung, dass der Andere als Besitzer gilt, gekennzeichnet haben.

Wenn Wendt weiter behauptet, dass der mittelbare Besitzer nur als Besitzer im Sinne des § 869 gelte, so ist es, wie er selbst durchblicken lässt, höchst auffällig, dass das Gesetz dies nicht auf solche unzweideutige Weise (etwa durch Hinzufügung von „im Sinne des § 869“) klar ausgedrückt hat. Aber der § 869 will die Rechte des mittelbaren Besitzers gar nicht erschöpfen, wie z. B. aus der für denselben in § 1006 Abs. 3 aufgestellten Eigentumsvermutung folgt; der § 869 will im Gegenteil nur einen speziellen Fall regeln. Denn wenn die Bestimmung des § 869 fehlen würde, so könnten im Falle der Besitzentziehung durch Dritte der mittelbare wie der unmittelbare Besitzer possessorisch auf Herausgabe klagen, da sie ja beide nach § 868 Besitzer sind. Um nun dann unnötigen Streitigkeiten zwischen den beiden Besitzern im Falle der Herausgabe an den einen oder den anderen vorzubeugen, ist die Vorschrift des § 869 eingefügt. „Dieselbe modifiziert also lediglich den dem mittelbaren Besitzer zustehenden Rechtsschutz durch Gerichtshülfe[1]).“

Ferner genügt nach Wendt als Grundlage seines im Herausgabeanspruch sich erschöpfenden mittelbaren Besitzes irgend ein obligatorisches Rechtsverhältnis, vermöge dessen der eine dem Anderen auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Der hieraus entspringende Restitutionsanspruch soll stets mittelbaren Besitz begründen. „Doch wie hätte man darauf verfallen sollen für einen bloss persönlichen Herausgabeanspruch die Bezeichnung ‚mittelbarer Besitz‘ zu erfinden“, fragt Kniep[2]) mit Recht.

Dass Wendt dem § 868 in dieser Hinsicht eine solch extensive Auslegung gibt — und hier liegt für uns der entscheidende Punkt —, kommt daher, weil er das Wort

[1]) Fischer-Henle, Kommentar zum B.G.B., Anmerk. 7 zu § 869.
[2]) Kniep, der Besitz des B.G.B., Jena 1900 S. 8.

„ähnlich“ in der Verbindung „oder in ähnlichen Verhältnis“ nicht beachtet und würdigt. Für ihn von seinem römisch-rechtlichen Fiktionsstandpunkt aus hat es auch weiter keine Bedeutung, und so geht er denn, wie wir schon oben (S. 56) hinwiesen einfach darüber hinweg, indem er bei seiner Untersuchung liest: „oder in einem Verhältnis, vermöge dessen . . .“

Von unserm Standpunkt aus, von dem aus wir im allgemeinen das heutige Besitzrecht bisher betrachtet haben, ist jedoch, wie wir bald sehen werden, das Wort ähnlich für den mittelbaren Besitz nicht bedeutungslos und wir glauben auch nicht, dass das Gesetz überflüssigerweise ein solches Wort eingefügt hat. Mehrfach haben wir betont, dass nach B.G.B. der Besitz einen sozialen Gewaltbegriff bildet, und diese Auffassung wird uns wohl auch das Wesen des mittelbaren Besitzes richtig erkennen lassen.

In den vom Gesetz angeführten Beispielen („Besitzt Jemand als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer“) handelt es sich um ein festes civilrechtliches Verhältnis, auf Grund dessen der bisherige Besitzer dem Niessbraucher ect. den Besitz überlassen hat, aber nur auf Zeit. Nach Ablauf derselben hat der gegenwärtige Besitzer dem früheren die Sache wieder zurückzugewähren.

Es bildet also die Hingabe der Sache vor allem einen Akt des Vertrauens. Die Sache ist dem Empfänger nur anvertraut, und er will dieselbe auch nur als eine anvertraute behandeln. Er erkennt infolgedessen den früheren Besitzer noch als Besitzherrn der Sache an; er will sie auch für ihn besitzen, und letzterer fühlt sich auch fortgesetzt noch in verschiedenen Beziehungen, je nach dem zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis, als Machthaber, als Besitzer der Sache. — Freilich ist seine Besitzherrschaft, die er tatsächlich auch jetzt noch über die Sache ausübt[1]),

[1]) Dernburg, a. a. O., S. 47, bezeichnet nicht unzutreffend die Herrschaft des mittelbaren Besitzers über die Sache als keineswegs aufgehoben, sondern nur zurückgedrängt.

nicht mit den Sinnen wahrnehmbar, sondern nur mit dem geistigen Auge, „unter Zuhülfenahme der Lebenserfahrungen und unter Würdigung der Rechtsverhältnisse [1])."

Damit büsst aber der mittelbare Besitz nichts an seiner Realität ein. Auch den unmittelbaren Besitz kann man ja in vielen Fällen nicht mit dem blossen Auge sehen. So konnte man oben den Besitz an den Karren, Schippen und Picken auch nur unter Zuhülfenahme der Verkehrsanschauung erkennen, und nichts destoweniger standen diese Sachen in wahrem Besitz. Besitz ist eben ein juristisch-soziales Phänomen.

Wir erblicken also in dem mittelbaren Besitz einen wirklichen Besitz im modernen Sinne, und es entspricht dies auch vollkommen der Volksanschauung. Ein Volk, in dessen Augen der Mieter, Pächter, Niessbraucher u. s. w. als Besitzer erscheint, kann auch dem Vermieter, Verpächter u. s. w. den Besitz nicht absprechen. Es würde wohl schwerlich jemandem gelingen, das deutsche Volk zu überzeugen, dass etwa der Eigentümer eines vermieteten Zinshauses nicht mehr Hausbesitzer, dass der Eigentümer eines verpachteten Rittergutes nicht mehr Rittergutsbesitzer sei, oder dass gar der Rentner seine Wertpapiere, welche er bei einer Bank deponiert hat, nicht mehr besitze.

Diese festeingewurzelte Volksanschauung ist eine Folge des Einflusses, den die alte deutschrechtliche Gewere trotz der Reception des römischen Besitzrechtes bis heut behauptet hat. Wie wir im deutschen Recht eine wahre doppelte Gewere kennen lernten (vgl. oben S. 32), so finden wir heut, wie schon im A.L.R., im B.G.B. einen wahren Doppelbesitz.

Wenn also das Gesetz sagt, „so ist auch der Andere Besitzer", so heisst das, er ist ebenso Besitzer, wie auch

---

[1]) Gierke, Gutachten in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Berlin 1898, Bd. 3, S. 33.

der Mittler Besitzer ist, also ein wahrer, echter Besitzer kein minderwertiger, oder gar bloss fingierter[1]).

Da nun aber der frühere Besitzer durch das Dazwischentreten des unmittelbaren Besitzers von der Sache getrennt wird, so muss ihm durch letzteren (den Besitzmittler) der Besitz erst wieder vermittelt werden (mittelbarer Besitz). Eine solche Vermittelung wird jedoch, wie von der Volksanschauung, so auch vom Gesetz gemäss den obigen Ausführungen nur da anerkannt, wo dem Mittler der Besitz vom mittelbaren Besitzer auf Zeit überlassen, genauer anvertraut ist. Dieses Anvertrautsein bildet das Charakteristikum der in § 868 beispielsweise als Grundlage für den mittelbaren Besitz angeführten Rechtsverhältnisse und darauf bezieht sich das Wort „ähnlich" des § 868 in der Verbindung mit den Worten, „oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen[2]) . . ."

Von einem solchen anvertrauten Besitz kann man natürlich beim Besitz des Finders nicht sprechen. Einmal stand die Sache zur Zeit des Findens in niemandes Besitz mehr. Ferner von wem sollte auch die Sache dem Finder als anvertraut betrachtet werden? Vom Verlierer, vom Eigentümer oder sonst von einem Empfangsberechtigten, falls diese Personen nicht identisch sind?[3]) Der Finder steht ja zu keiner dieser Personen bezüglich der Fundsache in einem festen Rechtsverhältnis, wie es das Gesetz fordert und wird meistens auch keine von ihnen kennen; noch viel seltener aber werden diese eine Ahnung von der Person des Finders haben.

[1]) Vor einer occasio maioris tumultus braucht man hierbei ebensowenig zurückschrecken wie beim Mitbesitz; vgl. für diesen die Vorschrift des § 866 B.G.B.

[2]) Vgl. Strohal, d Sachbesitz nach dem B.G.B. in Iherings Jahrbüchern Bd. 38, S. 20; Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II, S. 7.

[3]) Nach Kipp (in seiner 8. Auflage von Windscheids Pandekten, S. 700 Nr. 5) sollen sie sämtlich mittelbaren Besitz erlangen!

Als anvertraut im Sinne des § 868 kann man also den Besitz des Finders nicht bezeichnen und deshalb erlangt auch niemand neben dem Besitz des Finders noch mittelbaren Besitz, weder der Verlierer , noch der Eigentümer, noch ein sonstiger Empfangsberechtigter.

Anders verhält es sich dagegen, wenn der Verlierer etwa dem Finder zum Suchen und Ansichnehmen der Sache einen Auftrag erteilt hätte. In diesem Falle besitzt der Finder die Fundsache in einem „ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet ist". Einmal steht er hier zu einem bestimmten Anderen (dem Auftraggeber) in einem festen Civilrechts- und Vertrauensverhältnis (Auftrag). Ferner liegt hier gewissermassen zugleich in dem Auftrag auch ein Verwahrungsvertrag, auf Grund dessen der Finder ihm gegenüber die gefundene Sache verwahren soll. Es erscheint jedenfalls der vom Finder erworbene Besitz demselben vom Auftraggeber ebenso anvertraut, wie der bei einem wirklichen Verwahrungsvertrag überlassene Besitz. Deshalb muss man mit Strohal[1]) und Matthiass[2]) in diesem Falle ausnahmsweise dem Verlierer (oder dem betreffenden sonstigen Empfangsberechtigten, der den Finder beauftragt hatte) mittelbaren Besitz zuerkennen, und zwar erwirbt er ihn originär durch das Besitzergreifen des Finders.

In analoger Weise erwirbt auch im Falle auftraglosen Findens der Verlierer mittelbaren Besitz, sobald er das Finden, das man wohl auch heut noch als Geschäftsführung ohne Auftrag ansehen kann, genehmigt.

Dies sind aber nur besondere Ausnahmefälle.

Im Regelfall erwirbt jedenfalls, wie wir eben ausgeführt, der Verlierer durch das Finden keinen mittelbaren Besitz. Es steht somit die gefundene Sache nach B.G.B. einzig und allein in dem Besitz des Finders.

---

[1]) Strohal, a. a. O., S. 34.

[2]) Matthiass, a. a. O., S. 7, Anmerk. 2.

Zufolge dieses von uns gefundenen Ergebnisses unserer Untersuchung gestalten sich nach B.G.B. die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache ähnlich eigenartig wie nach römischem und gemeinem Recht.

Nach diesem stand die Fundsache ausschliesslich in der Detention des Finders; es hatte daneben niemand an der Sache juristischen Besitz. Heut ist die Detention des Finders zwar zum Besitz erhoben; aber über diesem Fremdbesitz steht kein mittelbarer Besitz, obwohl das Eigentum an der Fundsache fortbesteht.

Kapitel 3.

Besondere Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache.

I. Gestaltung der Besitzverhältnisse in den vom B.G.B. besonders geregelten Fällen und zwar bei dem

1. Fund in öffentlichen Räumen.

Für gewisse Funde hat das B.G.B. einige von den allgemeinen Vorschriften des Finderrechts abweichende Bestimmungen getroffen und zwar für den sog. Fund in öffentlichen Räumen und für den Schatzfund[1]). Da wir diese Fundarten in unserer bisherigen Betrachtung nicht berücksichtigt haben, so müssen wir hier noch untersuchen, inwieweit die für sie gegebenen Sonderbestimmungen auf die Besitzverhältnisse besonderen Einfluss ausüben.

Über den Fund in öffentlichen Räumen trifft das B.G.B. folgende einleitende Bestimmung: „§ 978. Wer eine Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffent-

[1]) Im § 983 B.G.B. ist noch ein dritter besonderer Fall geregelt worden. Derselbe betrifft jedoch nicht gefundene Sachen, sondern ist nur aus redaktionellen Gründen wegen der analogen Anwendbarkeit einiger Vorschriften des Finderrechts in dasselbe eingestellt worden und fällt somit nicht in unsere Betrachtung.

lichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt findet und an sich nimmt, hat die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder an einen ihrer Angestellten abzuliefern. Die Vorschriften der §§ 965 bis 977 finden keine Anwendung."

Wie gestalten sich nun hier die Besitzverhältnisse des Finders zur Fundsache?

Diese Frage findet sich in der Literatur nicht besonders behandelt. Gleichwohl erscheint sie uns auch beachtenswert.

Die dem Finder durch § 978 auferlegte spezielle Verpflichtung und die Entziehung der ihm sonst allgemein zustehenden Rechte auf Finderlohn beziehungsweise Eigentumserwerb finden ihre Rechtfertigung in der Eigenartigkeit des Fundortes. Alle in § 978 bezeichneten Örtlichkeiten sind nämlich „einer besonderen organisierten Aufsicht unterstellt, welche alle dort befindlichen Sachen unter ihren Schutz nimmt[1])". Die in diesen Räumen verlorenen Sachen bleiben also in einem besonders geschützten Gewahrsamverhältnis. Es erscheint als eine im öffentlichen Interesse gebotene Pflicht der Aufsichtsorgane, alle dort verlorenen Sachen an sich zu nehmen und der betreffenden Behörde bezw. Anstalt abzuliefern.

Da das in diesen Räumen verkehrende Publikum mit dieser Pflicht der Angestellten rechnet, so bieten diese Sachen für dasselbe kein besonderes Interesse. Es bedarf ja zu ihrer Erhaltung nicht so notwendig der besonderen Mühewaltung des Publikums wie hinsichtlich der übrigen verlorenen Sachen.

Wenn sich nun gleichwohl jemand der Mühe unterzieht, eine solche verlorene Sache an sich zu nehmen, so verrichtet er damit lediglich eine dienstliche Obliegenheit des betreffenden Angestellten, der sonst die Sache aufzunehmen verpflichtet gewesen wäre. Hierfür spricht auch die gesetzliche Vorschrift, dass der Finder, wie man es

[1]) Planck, a. a. O., S. 239; ebenso die Denkschrift.

von einem Angestellten verlangt, nur[1]) zur unverzüglichen Ablieferung der Fundsache an die betreffende Behörde bezw. Anstalt verpflichtet ist und ferner, dass er die Sache auch an einen Angestellten selbst abliefern kann; gerade in letzterem Falle zeigt sich, dass er dem Angestellten durch das Aufnehmen der Sache nur behülflich war.

Auch die Bestimmung, welche dem Finder die für ihn sonst entspringenden lukrativen Rechte entzieht, beruht offenbar auf der Erwägung, dass der Finder hier nur wie ein Angestellter fungiert.

Hätte nun der Angestellte die Fundsache an sich genommen, so wäre er zweifellos nur Besitzdiener der Sache geworden; Besitz selbst hätte nur die betreffende Behörde bezw. Anstalt erlangt. Denn er ist in deren Erwerbsgeschäft angestellt, befindet sich zu ihr also in einem Rechtsverhältnis, vermöge dessen er ihren sich auch auf die Fundsache beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat.

Das Gesetz erfordert aber in § 855 für das Besitzdienerverhältnis nicht notwendig ein Rechtsverhältnis, wenn auch in den meisten Fällen ein solches vorliegen wird; es genügt vielmehr irgend ein blosses Abhängigkeitsverhältnis[2]). In ein solches tritt nach der Verkehrsanschauung u. a. wohl immer derjenige, welcher im Haushalte oder Erwerbsgeschäfte eines Anderen aus reiner Gefälligkeit eine Tätigkeit vornimmt, die Sache eines daselbst Angestellten gewesen wäre.

Bezüglich der Fundsache begibt sich nun unser Finder in ein solches Abhängigkeitsverhältnis zu der betreffenden Behörde bezw. Anstalt. Er verrichtet wie wir zu begründen versucht haben, lediglich ein Geschäft, das Sache eines daselbst Angestellten ist, und erweist damit,

---

[1]) Der Finder hat hier z. B. nicht die Pflicht, den Fund der Polizeibehörde oder einem ihm etwa bekannten Empfangsberechtigten anzuzeigen (§ 965,1).

[2]) Vgl. Fischer-Henle, Kommentar z. B.G.B., Anmerk. 3 zu § 855.

wenn auch meistens nicht absichtlich, so doch tatsächlich demselben eine Gefälligkeit.

Auch die Verkehrsanschauung nimmt wohl hier ein Abhängigkeitsverhältnis an und legt dem Finder die Pflicht auf, für die meist kurze Zeit, in der er die tatsächliche Gewalt ausübt, etwaigen sich auf die Fundsache beziehenden Weisungen seitens der Anstalt oder Behörde Folge zu leisten.

Wir halten somit den Finder, welcher in öffentlichen Räumen (im Sinne des § 978) eine Sache findet und redlich an sich nimmt, nur für einen Besitzdiener. Besitzer wird hier nur die Behörde bezw. Anstalt.

Was hingegen die Besitzverhältnisse des Verlierers zur Fundsache anlangt, so werden dieselben durch das Finden in öffentlichen Räumen ebensowenig wie dessen Rechte berührt.

2. Schatzfund.

Der Schatz hat in allen von uns herangezogenen Rechten zufolge der besonderen Vorschriften über den Eigentumserwerb unter den gefundenen Sachen eine Sonderstellung eingenommen.

Schon das römische Recht befasste sich mit dem Schatz im Gegensatz zu den übrigen gefundenen Sachen bedeutend eingehender. Wir finden hier eine besonders für die neueren Rechte wichtige, grundlegende Definition von Paulus in Dig. 41,1 l. 31 § 1: thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum habeat.

Während nun nach römischem Recht, ebenso wie nach deutschem Recht der Schatz an den Staat bezw. Landesherrn fiel, sprach Hadrian (J. II, 1,39) das Eigentum an demselben aus Gründen der aequitas dem Finder und Grundeigentümer je zur Hälfte zu. Diese Bestimmungen erlangten auch in Deutschland seit der Re-

ception Geltung; wir finden sie in den neueren Partikularrechten[1]) und dem B.G.B. wieder.

Letzteres behandelt den Schatz am Ende des Finderrechts und gibt dort folgende Vorschrift, die sich an das römische Recht sowohl hinsichtlich der Definition wie des Eigentumserwerbes eng anlehnt: „§ 984. Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und in Folge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war".

Von den sonstigen gefundenen Sachen unterscheidet sich also der Schatz besonders dadurch, dass hier dem Finder rechtlich kein Verlierer mehr gegenübersteht. Dagegen tritt aber der Finder zu dem Eigentümer der Sache, in welcher der Schatz verborgen war, in Rechtsbeziehungen; sie werden beide Miteigentümer des Schatzes.

Diese von den allgemeinen Vorschriften des Finderrechts abweichenden Bestimmungen haben auf die Gestaltung der Besitzverhältnisse des Finders zum Schatz wohl für das römische Recht Einfluss, nach welchem man den Schatzfinder wegen seines animus domini als juristischen Besitzer ansehen muss, nicht aber auf das heutige Recht. Nach B.G.B. wird vielmehr der Schatzfinder ebenso wie der gewöhnliche Finder gemäss § 854 Besitzer.

Dagegen entsteht bezüglich des Eigentümers der Sache, in welcher der Schatz verborgen war, hier, wie oben für den Verlierer, die Streitfrage, ob er mittelbaren Besitz an dem Schatze erwirbt.

Insofern gestalten sich hier zwar die Rechtsverhältnisse anders, als Finder und Eigentümer zu einander dadurch in ein engeres civilrechtliches Verhältnis treten, dass sie beide ipso iure Miteigentümer des Schatzes werden. Für das Dasein des mittelbaren Besitzes fehlt aber auch

[1]) Vgl A.L.R. I, 9, § 74; Sächs. B.G.B. § 233.

hier das von uns aufgestellte notwendige Erfordernis des Anvertrautseins. Der Besitz ist hier dem Finder seitens des Eigentümers ebensowenig anvertraut wie oben bei dem gewöhnlichen Funde seitens des Verlierers.

Es erlangt somit der Eigentümer der Sache, in welcher der Schatz verborgen war, keinen mittelbaren Besitz an demselben.

Diejenigen aber, welche mit Wendt in dem mittelbaren Besitz keinen anvertrauten wirklichen Besitz erblicken, gelangen, wie oben bezüglich des Verlierers, natürlich zu dem Ergebnis, dass der Eigentümer der betreffenden den Schatz enthaltenden Sache (auf Grund seines Herausgabeanspruchs zwecks Überlassung des Mitbesitzes) mittelbaren Besitz an dem Schatz erwirbt[1]).

II. Gestaltung der Besitzverhältnisse beim Fund durch einen unredlichen Finder.

Falls ein unredlicher Finder die Fundsache an sich nimmt, gestalten sich die Besitzverhältnisse an derselben sehr einfach und wenig interessant.

Der unredliche Finder will nämlich die Sache für sich allein haben, er steht einem Diebe völlig gleich („Funddiebstahl") und hat wie dieser den animus domini. Daher erwirbt er nach römischem und gemeinem Recht juristischen Besitz und zwar mit dem Ansichnehmen der Fundsache. Etwaiger an derselben noch bestehender Besitz geht hier ausnahmsweise (s. oben S. 47) sofort unter.

Die Entstehung eines neuen Besitzes für den Verlierer kann nach römischem Recht schon wegen der Unzulässigkeit der compossessio plurium in solidum gar nicht in Frage kommen.

Nach B.G.B. erlangt der unredliche ebenso wie der redliche Finder nach § 854 Besitz an der Fundsache.

---

[1]) Vgl. Wendt, im Archiv f. civ. Praxis Bd. 87, S. 62

Dass daneben der Verlierer mittelbaren Besitz erwirbt, würde wohl trotz des ihm zustehenden Herausgabeanspruches selbst Wendt nicht behaupten, weil hier zwischen dem Verlierer und dem unredlichen Finder (wie im Falle des Diebstahls) kein obligatorisches Rechtsverhältnis besteht, vermöge dessen dieser jenem gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist.

Hier stimmen also römisches und heutiges Recht überein. Der unredliche Finder hat nach beiden Rechten alleinigen Besitz an der gefundenen Sache.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 12. Februar 1879 zu Strehlen in Schlesien als jüngster Sohn des Kaufmanns Gustav Heintzel und dessen Ehefrau Emilie geb. Lucas und bekenne mich zur reformierten Kirche. Ich besuchte das Königl. Kaiser Wilhelms-Gymnasium meiner Vaterstadt, das ich Ostern 1899 mit dem Zeugnis der Reife verliess, um mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zuzuwenden. Die ersten beiden Semester studierte ich in Breslau, bezog dann die Universität zu Erlangen und kehrte darauf wieder nach Breslau zurück, um hier meine Studien zu beenden.

Während dieser meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen folgender Herren Professoren:

Brie, Dahn, Fischer, Gretener, Jacobi, Jaeger, Jörs, Kipp, Leonhard, Lesser, Rehm, Schott, Schücking, Sombart und Wolf,

denen ich allen hiermit meinen ergebensten Dank ausspreche.

Am 30. Mai 1904 bestand ich bei dem Oberlandesgericht zu Breslau die Referendariatsprüfung und am 19. Juli 1904 zu Erlangen die mündliche Promotionsprüfung.